Darlehensverträge in bezug auf Sachen und Wertpapiere

(mit Überblick über ältere Rechte und heutige ausländische Rechte.)

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Hansischen Universität Hamburg

vorgelegt von

STYLIANOS KARAKANTAS
aus Trikkala (Griechenland)

Hamburg 1937

Gutachter: Prof. Dr. H. Reichel

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1937

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Hermann Schimkus, Hamburg 36

Herrn CONSTANTIN J. KYRIAZI
verehrungsvoll gewidmet.

Gliederung

Seite

§ 1. Einleitung 5

A. Sachendarlehen und Wertpapierdarlehen.

§ 2. Begriff und Gegenstand 7
§ 3. Abschluß des Darlehensvertrages 9
§ 4. Rechts- und Sachmängel des Hingegebenen 10
§ 5. Das Zurückzuerstattende 13
§ 6. Zinsen 14
§ 7. Das Problem der Unmöglichkeit der Zurückerstattung 17
a) Die Unmöglichkeit 17
b) Sind die „übermäßigen Schwierigkeiten" der Unmöglichkeit gleichzustellen? 18
c) Die Zerstörung der Äquivalenz der Leistungen beim Sachendarlehen 20
d) Die Unmöglichkeit der Zurückerstattung im besonderen 21
e) Andere Fragen über die Unmöglichkeit der Zurückerstattung .. 23

B. Wertdarlehen.

§ 8. Begriff 25
§ 9. Juristische Konstruktion des Wertdarlehens 26
§ 10. Gegenstand des Wertdarlehens 28
§ 11. Andere Fragen des Wertdarlehens 30

C. Verwertungsdarlehen (contractus mohatrae).

§ 12. Begriff 31
§ 13. Juristische Konstruktion 32
§ 14. Gegenstand des Verwertungsdarlehens 34
§ 15. Abschluß des Verwertungsdarlehens 35
§ 16. Der Verkauf beim Verwertungsdarlehen 36
§ 17. Die Haftung beim Verwertungsdarlehen 38
§ 18. Die Gefahrtragung beim Verwertungsdarlehen 39
§ 19. Zinsen beim Verwertungsdarlehen 41

D. Allgemeine Betrachtungen.

§ 20. 41

ANHANG: Überblick über ältere Rechte und heutige ausländische Rechte.

Seite

§ 21. Preußisches Recht 43
§ 22. Sächsisches Privatrecht 44
§ 23. Römisch Gemeines Recht 45
a) Allgemeines 45
b) Sachen- und Wertpapierdarlehen 45
c) Wertdarlehen 46
d) Verwertungsdarlehen (contractus mohatrae) 46
§ 24. Österreichisches Recht 47
a) Allgemeines 47
b) Sachen- und Wertpapierdarlehen 47
c) Wertdarlehen 48
d) Verwertungsdarlehen (contractus mohatrae) 49
§ 25. Schweizerisches Recht 50
a) Allgemeines 50
b) Sachen- und Wertpapierdarlehen 51
c) Wertdarlehen 51
d) Verwertungsdarlehen (contractus mohatrae) 52
§ 26. Französisches Recht 52
a) Allgemeines 52
b) Sachen- und Wertpapierdarlehen 53
c) Wertdarlehen 55
d) Verwertungsdarlehen (contractus mohatrae) 55
§ 27. Anglo-amerikanisches Recht 55

Abkürzungen:

D.-Geber, D.-Nehmer, Sachen-D., Wert-D. usw. für Darlehensgeber, Darlehensnehmer, Sachendarlehen, Wertdarlehen usw.

Die §§ ohne nähere Bezeichnung betreffen (außer dem Anhang) das deutsche BGB.

„Ἔξεστι δὲ ἄλλο ἀντ' ἄλλου ἐπερωτᾶν" Ἀνώνυμος **in Basilicorum Libri XXIII, τίτλος I, θέμα γ, Anmerkung. –**

§ 1. Einleitung.

I. Der Darlehnsvertrag ist in § 607 BGB, vom Standpunkt seines Gegenstandes aus betrachtet, in Gelddarlehen und Sachendarlehen eingeteilt. Gelddarlehen liegt vor, wenn Geld, Sachendarlehen, wenn andere vertretbare Sachen den Gegenstand des Darlehens bilden.

Wesentlich für den D.-Vertrag ist, daß aus dem Vermögen des Darleihers Werte dem Vermögen des Darlehnsnehmers übergeben werden. Wie und in welcher Form ist von sekundärer Bedeutung. Es ist z. B. möglich, daß statt Geldes, das den Darlehensgegenstand bilden soll, Sachen oder Wertpapiere gegeben werden. Ebenso kann vereinbart werden, daß Geld dargeliehen werden soll, und zwar dergestalt, daß Sachen oder Wertpapiere übergeben werden mit der Verpflichtung des D.-Nehmers, sie in Geld zu verwandeln (sog. contractus mohatrae).

Diese Spaltung von Gegenstand der Hingabe (unmittelbarer Gegenstand) und endgültigem (mittelbarem) Gegenstand des Vertrages, welcher zurückzuerstatten ist, scheint nicht vereinbar mit der Definition des Darlehens, nach welcher der D.-Nehmer dem D.-Geber das „Empfangene" in gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten muß[1]. § 607 I aber ist ausdehnend auszulegen. Als „Empfangenes" ist nicht nur das zu verstehen, was wirklich gegeben wird, sondern auch das, was als Gegebenes anstatt des Geleisteten vereinbart wird.

Nach obigen Betrachtungen sind die D.-Verträge in zwei Kategorien einzuteilen:

I. Sachendarlehen in w. S.
   a) Sachendarlehen in e. S.
   b) Wertpapierdarlehen.
II. Wertdarlehen in w. S.
   a) Gelddarlehen.
   b) Wertdarlehen in e. S.
   c) Verwertungsdarlehen.

Die Wertpapiere sind als Sachen betrachtet[2], und infolgedessen ist das Wertpapier-D. dem Sachen-D. (in w. S.) unterzuordnen. Gegen diese Auffassung könnte man einwenden, daß die Wertpapiere eine ganz besondere Rechtserscheinung bilden, die von den Sachen zu trennen ist. Sie sind eine Zusammenfassung von einer Sache und einem in ihr verkörperten Recht, eins vom anderen abhängig, und

[1] D. 44. 7. 1. 2; BGB § 607 I.

[2] Jacobi, Grundriß des Rechts der Wertpapiere. 1928. S. 75 u. 109. — Ders., Die Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch. 1907. § 32, S. 341.

eins wie das andere unbedingt nötige Bestandteile des Wertpapiers. Die Frage aber, ob die Wertpapiere als Sachen oder als besondere Rechtsobjekte zu betrachten sind, hat im D.-Vertrag keine wesentliche Bedeutung. Wenn die Wertpapiere als Sachen angesehen werden, muß man trotzdem in dem Sachen-D. die Eigentümlichkeiten des Wertpapier-D. kennzeichnen.

II. Bei dem D.-Vertrag soll der D.-Gegenstand dem D.-Nehmer übereignet werden, wobei die Regeln über die Übereignung von beweglichen Sachen und Wertpapieren anwendbar sind. § 929 (Einigung und Übergabe), § 930 (Besitz-Konstitut), § 931 (Abtretung des Herausgabeanspruches), § 929 II (brevi manu traditio), § 936 (gutgläubig-lastenfreier Erwerb), § 366 HGB, falls das Darlehen ein Handelsgeschäft ist.

III. Die Hingabe der Valuta kann auf verschiedene Art und Weise geschehen[3]. Sie kann unmittelbar aus dem Eigentum des Darleihers übertragen werden, oder durch Vermittlung eines Dritten, oder an einen Dritten, durch Barzahlung oder bargeldlose Zahlung[4], durch Abtretung einer Forderung[5], durch Verwandlung einer Schuld in eine Darlehensschuld (§ 607 II BGB), durch Einziehung einer Anweisung[6] usw.

Die Art der Hingabe der Darlehensvaluta war zu den verschiedenen Zeiten nicht dieselbe, da sie von der wirtschaftlichen Entwicklung und den jeweiligen Zahlungsmitteln abhängig ist.

IV. Arten der D.-Verträge, die unser Thema behandelt, sind diejenigen, in welchen irgendwie Sachen und Wertpapiere vorkommen; es sind Sachen- und Wertpapierdarlehen, Wertdarlehen in e. S. und Verwertungsdarlehen.

Gesetzliche Grundlage dieser Verträge sind die Richtlinien, die uns in §§ 607—610 BGB gegeben sind.

Die Fragen, die beim Wert- und Verwertungsdarlehen in ihrer endgültigen Form als Gelddarlehen vorkommen, fallen nicht unter unser Thema, z. B. die Probleme der Entwertung oder Aufwertung des Geldes, die Einziehung der geschuldeten Art Geldes vom Verkehr usw.

V. Die Frage, ob der D.-Vertrag als Real- oder Konsensualvertrag aufzufassen sei, ist in der Wissenschaft bestritten. Wird er als Realvertrag konstruiert, so ist er von dem Moment an als abgeschlossen anzusehen, wo die Darlehensvaluta wirklich oder symbolisch eingezogen wird. Wird er dagegen als Konsensualvertrag aufgefaßt, dann bedeutet die Gewährung der Valuta die Erfüllung der Schuld des Darleihers aus dem schon abgeschlossenen Vertrag.

---

[3] Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. II. 1834. § 545, S. 85. — Ennec-. Lehmann. Bd. II. § 139, III. 1932. — Klang, Kommentar zum ABGB 1934. Darlehensvertrag von Swoboda. S. 721. — Becker, O. R., Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1934. Art. 312 II, 1. — Planiol-Ripert usw., Traité pratique de droit civil français. T. 11 1932, von Rouast-Savatier-Lepargneur, 1135.

[4] Siber, Schuldrecht. 1931. § 59, S. 316, 2.

[5] Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931. § 97.

[6] Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929. § 106 b, S. 328.

Das BGB § 607 Abs. 1 in Verb. mit § 610 scheint uns mehr für die Realauffassung des Darlehens Stellung zu nehmen. BGB ist der Tradition gefolgt. Diese Tradition ist, unserer Meinung nach, auf die Bedürfnisse des früheren Lebens zurückzuführen, wo das Darlehen zur Erfüllung von provisorischen Bedürfnissen des täglichen Lebens diente, und es dem D.-Nehmer frei bleiben sollte, nur bei wirklicher Verschaffung der Sache den D.-Vertrag abzuschließen. Heutzutage, wo das Darlehen hauptsächlich anderen Zwecken dient, z. B. der Unterstützung des Handels, der Ermöglichung von großen Unternehmungen usw. ist die Konsensualauffassung die geeignete.

A. SACHENDARLEHEN UND WERTPAPIER-DARLEHEN[7].

§ 2. Begriff und Gegenstand.

I. Sachendarlehen ist das Darlehen, in welchem vertretbare Sachen übereignet werden mit der Verpflichtung des D.-Nehmers, sie in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Es liegt dann auch ein Sachen-D. vor, wenn vereinbart wird, daß die Sachen bei der Zurückerstattung einen bestimmten Wert aufweisen müssen. In diesem Falle ist der eventuelle Fehlbetrag zu ersetzen.

Ist vereinbart worden, daß die Sachen oder ihr Wert zurückzuerstatten sind, so liegt eine Wahlschuld (obligatio alternativa) vor. Ob das Darlehen endgültig zu einem Sachen- oder zu einem Wert-D. gestaltet wird, ist von der Zurückerstattung abhängig. So liegt ein Sachen-D. vor, wenn die hingegebenen Sachen in gleicher Art, Güte und Menge zurückerstattet werden.

II. Im Sachen-D. können nur vertretbare Sachen den Gegenstand des Vertrags bilden, denn sonst wäre es dem Schuldner unmöglich, seine Schuld zu erfüllen. Ob eine Sache vertretbar ist oder nicht, entscheidet nach § 91 der Verkehr. Trotzdem kommt es häufig vor, daß nach den Verkehrsanschauungen unvertretbare Sachen vereinbarungsgemäß durch die Parteien als vertretbar angenommen und als Gegenstand eines Sachen-D. gegeben werden. Diese Möglichkeit kann zu der Annahme führen, daß bewegliche Sachen ohne Unterscheidung, ob vertretbar oder unvertretbar, den Gegenstand des Sachen-D. bilden[8]. Durch die Annahme dieser Meinung können Streitigkeiten darüber entstehen, ob das Zurückerstattende das gleiche ist wie das Hingegebene. Außerdem ist sie gesetzeswidrig, da nach § 607 I in Verbindung mit § 91 die unvertretbaren Sachen grundsätzlich von dem Darlehensverhältnis auszuschließen sind. § 91 schließt aber nicht eine abweichende Vereinbarung der Parteien aus.

---

[7] Unter Sachendarlehen ist auch das Wertpapierdarlehen, unter Sachen auch die Wertpapiere zu verstehen.

[8] Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht II. 1934. S. 56, § 10 I 1, ist der Meinung, daß man die vertretbaren Sachen zu den beweglichen erweitern muß.

III. Nicht alle Arten von Wertpapieren können den Gegenstand des Darlehens bilden. Von ihrer Dreiteilung in Rekta-, Order- und Inhaberpapiere können es nur die Inhaberpapiere, da nur sie vertretbar sind, allerdings nicht jedes einzelne, wohl aber die sog. Masseninhaberpapiere, d. h. solche, die inhaltlich gleichlautend und gleiche Rechte verbriefend in großer Zahl hergestellt werden (Schwerin[9]). Es ist ohne Bedeutung, ob das verbriefte Recht Forderungsrecht, Mitgliedschaftsrecht oder Pfandrecht ist.

Denkbar ist der Fall, praktisch aber selten vorkommend, wo Massenorderpapiere in großer Zahl in blanco indossiert und als solche in Umlauf gebracht werden. Solche Wertpapiere können in Wertpapier-D. gegeben werden.

Daß die Wertpapiere verzinsbar sind, spricht nicht gegen ihre Vertretbarkeit, da die Zinsen als mittelbare Früchte, die die Substanz der Wertpapiere nicht berühren, gelten.

Wenn die Inhaberpapiere von einem Los begleitet sind, so verlieren sie trotzdem ihre Eigenschaft als vertretbar nicht, denn die alea ist bei allen dieselbe, da jedes Wertpapier dieselben Möglichkeiten des Gewinnes hat. Die Annahme der Gegenmeinung[10] würde zu dem Ergebnis führen, viele Inhaberpapiere ohne Grund vom Wertpapier-D. auszuschließen.

IV. Alle auf den Inhaber lautenden Wertpapiere sind nicht geeignet, den Gegenstand des Wertpapier-D. zu bilden. Sie sollen Träger des in ihnen verbrieften Rechts sein, sie sollen dieses Recht verkörpern, so daß sie eine selbständige „Sache" bilden, die den Gegenstand des Darlehens darstellen kann.

Die Legitimationspapiere z. B. Gepäckschein, Garderobenmarken, Sparkassenbücher sind für das Darlehen nicht geeignet. Ihr Zweck ist nicht Kredit, Zahlung oder Beteiligung zu vermitteln. Sie sind keine richtigen Wertpapiere, ihre Übertragung ist unabhängig von der Urkunde, ihr Inhalt nicht gleich.

Die abhängigen Wertpapiere, z. B. Hypothekenbriefe, können nicht Gegenstand des Darlehens sein, da sie nicht vertretbar sind und nicht als richtige Wertpapiere bezeichnet werden können. Ihr Inhalt ist in erster Linie nicht nach dem Grundpfandbrief sondern nach der Eintragung im Grundbuch bestimmt, Eigentümer ist der jeweilige Gläubiger des Grundpfandrechts, sie sind keine Massenpapiere. Nur die Pfandbriefe der Hypothekenbanken können im Wertpapier-D. geliehen werden.

Inhaberverpflichtungszeichen (Inhaberzeichen) z. B. Fahrkarten, Theaterkarten usw. (§ 807) können den Gegenstand des Darlehens bilden, da sie wirkliche Inhaberschuldverschreibungen sind. Der Aussteller ist dem Inhaber des Papiers gegenüber zur Leistung verpflichtet, sie können auch in Massen ausgegeben werden. Praktisch ist ein solches Darlehen selten. Die Inhaberverpflichtungszeichen

---

[9] Schwerin, Wechsel- und Scheckrecht usw. 1934. § 1 III c γ, S. 6.

[10] Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. II. 1864. S. 191, 5.

werden meistens in kleiner Zahl ausgegeben, das in ihnen verkörperte Recht ist zeitlich beschränkt (z. B. gelten sie für einen Tag, eine Woche) ihr Inhalt ist wechselnd oder nicht gleich, schließlich sind sie nicht für den Handel sondern nur zu dem Zweck ausgegeben, die Arbeit des Ausstellers zu erleichtern.

Die Traditionspapiere (Konnossement, Lagerschein, Ladeschein) sind nicht für das Wertpapier-D. geeignet, da sie nicht vertretbar sind. Ihr Inhalt ist nicht gleich, es sind einzelne Wertpapiere.

Wechsel und Scheck können als individuelle Wertpapiere nicht in Frage kommen, sowie auch nicht die Anweisung des BGB (§ 783 ff.).

V. Die Wertpapiere können im D.-Vertrag als Geld gegeben werden, da sie sich im Verkehr als eine Art Verkehrsgeld in Umlauf befinden können. In diesem Fall handelt es sich um ein Gelddarlehen.

Im Gegensatz dazu liegt ein Sachendarlehen und kein Gelddarlehen vor, wenn Geldstücke einer bestimmten Sorte hingegeben werden, die in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten sind. Die Geldstücke werden hier als Sachen und nicht als Geld betrachtet (eigentliche Geldsortendarlehen).

Ob die Sachen verbrauchbar sind oder nicht, ist ohne Bedeutung für das Darlehen.

Daß die Sache auf Kosten des D.-Gebers gegeben werden soll, ist nicht nötig[11]. Es kann z. B. vorkommen, daß der D.-Geber nicht Eigentümer des Hingegebenen ist, und trotzdem der D.-Nehmer Eigentum nach dem Grundsatz des guten Glaubens erwirbt und sich aus dem D.-Vertrag verpflichtet.

Was die Früchte des Hingegebenen anbelangt, wird der D.-Nehmer als Eigentümer dieselben erwerben, so z. B. bei Wertpapieren den Gewinn eines Loses. Die §§ 91—101 sind hier anwendbar. Bei Erzeugnissen des Hingegebenen sollen diese während der Zeit der Berechtigung getrennt werden § 101 1. Bei Zinsen, Coupons usw. gilt § 101 2, wonach dem Berechtigten ein der Dauer der Berechtigung entsprechender Anteil gebührt.

§ 3. Abschluß des Darlehnsvertrages.

Das Sachen-D. wird nach der Realauffassung des Darlehens durch die Übertragung des Gegenstandes in das Vermögen des D.-Nehmers abgeschlossen. Der D.-Nehmer oder ein von ihm bestimmter Dritter soll Eigentümer des Hingegebenen werden.

Es ist nicht nötig, daß der D.-Geber Eigentümer des Hingegebenen sei, da er dem D.-Nehmer das Eigentum verschaffen kann, ohne selbst Eigentümer zu sein, z. B. nach § 932, Leistung durch einen Dritten. Außerdem, da nach § 935 II Eigentum an gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Inhaberpapieren von gutgläubigen Dritten erworben werden kann, kann durch die Hingabe solcher Wertpapiere ein Wertpapier-D. zustandekommen[12].

---

[11] Vgl. aber Ennec.-Lehmann II § 139 III. 1932.

[12] Die blancoindossierten Orderpapiere fallen unserer Meinung nach unter § 935 II (so bei Schecks, Scheckgesetz Art. 21). Nach M. Wolff, Sachenrecht,

Wird der D.-Nehmer nicht Eigentümer des Hingegebenen, so kommt ein D.-Vertrag nicht zustande, und der D.-Nehmer ist verpflichtet, das Hingegebene dem Eigentümer herauszugeben (§ 812). Wird der D.-Geber später Eigentümer, z. B. weil er den Eigentümer beerbt hat, so wird der D.-Vertrag von diesem Moment an eintreten, wenn auch seine sonstigen Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt vorhanden sind (§ 185 II). Dasselbe gilt, wenn der D.-Nehmer später Eigentümer wird, das Eigentum aber soll dann unmittelbar oder mittelbar durch den D.-Geber erworben werden.

Denkbar ist der Fall, daß der D.-Nehmer Eigentümer des Hingegebenen werden kann (weil er z. B. gutgläubig ist), nicht aber der Dritte, dem der D.-Geber nach Geheiß des D.-Nehmers den Gegenstand übereignen muß (weil er z. B. bösgläubig ist), und umgekehrt. Im ersten Fall tritt kein Darlehen ein, da der Dritte nicht Eigentümer werden kann. Im zweiten Fall kommt der D.-Vertrag zustande. Mit anderen Worten ist die Person des Dritten, infolgedessen der Erwerb oder Nichterwerb des Eigentums seitens des Dritten für den Abschluß des D.-Vertrags maßgebend (analoge Anwendung des § 166).

§ 4. Rechts- und Sachmängel des Hingegebenen.

I. Über die Sachmägel des Hingegebenen sind auf Grund des § 493 die Vorschriften über Sachmängel beim Kaufvertrag analog anzuwenden, da beim Darlehen Veräußerung und Entgelt, wie beim Kauf, vorhanden sind. Als Entgelt sind die Zinsen anzusehen, die eine natürliche Folgerung des Darlehens sind (s. § 6). Die analoge Anwendung der Vorschriften über Sachmängel beim Kaufvertrag wäre im Darlehen auch ohne § 493 begründet, da eine wesentlich gleiche Interessenlage in beiden Verträgen besteht.

Was die Rechtsmängel des Dargeliehenen anbetrifft, ist folgendes zu sagen. Erwirbt der D.-Nehmer das Geleistete nicht, oder erwirbt er es belastet (Pfandrecht, Nießbrauch), so entsteht kein D.-Vertrag, da letzterer die Übertragung des D.-Gegenstandes (und seines Wertes) in das Vermögen des D.-Nehmers für seine Entstehung voraussetzt. Der D.-Empfänger hat in diesem Fall den Anspruch auf das negative Interesse nach analoger Anwendung des § 307. Die nach § 440 I beim Kauf im Falle von Rechtsmängeln zur Anwendung kommenden §§ 320—327 sind beim D.-Vertrag (was vielleicht auf Grund des § 445 behauptet werden könnte) nicht anwendbar, da letzterer kein gegenseitiger Vertrag ist.

Sind gefälschte oder verfälschte oder zum Zweck der Kraftloserklärung aufgebotene Wertpapiere hingegeben, so kommt kein D.-Vertrag zustande, da der D.-Gegenstand, durch dessen Übertragung der D.-Vertrag entsteht, fehlt. Sind rechtlich bestehende Wertpapiere hingegeben, so haftet der D.-Geber für die Zahlungsfähigkeit des Ausstellers (Bonität) nur, wenn eine besondere Vereinbarung der Par-

---

1932, § 69 I 4 a, fallen die handelsrechtlichen Orderpapiere, auch wenn sie blancoindossiert sind, nicht unter § 935 II.

teien darüber getroffen worden ist (arg. e contrario aus § 437 I in Verb. § 445). Es würde sich dann um einen Garantievertrag handeln, auf Grund dessen der D.-Geber die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Ausstellers übernimmt.

Der D.-Geber haftet für Sachmängel der gegebenen Sachen sowie auch für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, und ebenfalls für arglistig verschwiegene Fehler oder arglistig vorgespiegelte Eigenschaften (§ 459 in Verb. mit § 493, §§ 462 und 463). Der D.-Nehmer hat gegen ihn die Gewährleistungsansprüche, §§ 462, 463. § 480 I ist nicht anwendbar, da er mit der Natur des D.-Vertrags als Realvertrag unvereinbar ist.

Ist der D.-Vertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft, so besteht nach analoger Anwendung des § 377 HGB in Verb. mit § 493 BGB eine Untersuchungs- und Rügepflicht des D.-Nehmers.

Wird der D.-Geber durch einen Dritten die Sachen dem D.-Nehmer übergeben, so haftet er persönlich für Verschulden des Dritten, § 278. Ein Entlastungsbeweis kommt hier nicht in Frage, da der Dritte in diesem Falle als Erfüllungsgehilfe wirkt.

Wird der D.-Geber dem D.-Nehmer Sachen oder Wertpapiere übergeben, die vor einer ungewöhnlichen Entwertung stehen und er die Entwertung wissentlich verschweigt, so kann der D.-Nehmer den Vertrag nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten. Daß er Sachen derselben Art, Güte und Menge, d. h. entwertete, zurückzuerstatten verpflichtet und berechtigt ist, schließt nicht sein Recht aus, den D.-Vertrag anzufechten und das negative Interesse zu verlangen. Außerdem stehen ihm die im § 463 dem arglistig getäuschten Käufer gegebenen Rechtsbehelfe zu. In diesem Falle ist nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht des D.-Gebers anzunehmen. Kommt keine Arglist zu Lasten des D.-Gebers vor, so besteht ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage, falls anzunehmen ist, daß ein bestimmter niedrigerer Wert des Hingegebenen ein Umstand wäre, der nach der erkennbar gewordenen Auffassung beider Parteien für den Abschluß des D.-Vertrages maßgebend wäre und außerdem dem D.-Geber der Abschluß eines D.-Vertrags mit einem solchen Vorbehalt zuzumuten wäre. Ausgleichung bzw. Rücktritt ist der benachteiligten Partei gegeben.

II. *Sachmängel des Hingegebenen im besonderen.* Macht der D.-Nehmer den Wandlungsanspruch gegen den D.-Geber geltend, so wird der D.-Vertrag rückgängig. Das Hingegebene sowie die gezogenen Nutzungen sind zurückzuerstatten. Ebenfalls evt. bezahlte Zinsen. Der D.-Nehmer wird durch die Rückgabe von seiner vertraglichen Verpflichtung frei.

Bei Geltendmachung des Minderungsanspruches beschränkt sich entsprechend der D.-Gegenstand.

Macht der D.-Nehmer den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend, der gegeben ist, wenn die Voraussetzungen der

§§ 463 (bzw. 480 II) vorliegen, d. h. wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt[13], ein Fehler arglistig verschwiegen oder eine Eigenschaft arglistig vorgespiegelt ist, so ist zu unterscheiden:

a) der D.-Nehmer kann die mangelhaften Sachen behalten und Ersatz des ihm durch die nicht gehörige Erfüllung entstandenen Schadens verlangen.

b) Er kann die hingegebenen Sachen zurückgeben und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen.

Ein Verschulden des D.-Gebers für die Begründung des Wandlungs- und Minderungsanspruchs des D.-Nehmers ist nicht nötig.

Der zufällige Untergang des Hingegebenen hindert nicht die Wandlung, da auf sie nach analoger Anwendung des § 467 die Vorschriften über Rücktritt anzuwenden sind, und nach § 350 der Rücktritt nicht ausgeschlossen ist, wenn das Zurückzuerstattende durch Zufall untergeht. Der D.-Nehmer hat aber etwaige Schadensersatzansprüche gegen Dritte an den D.-Geber abzutreten, § 281. Das gleiche soll bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gelten. Für den Minderungsanspruch ist es ohne Bedeutung, ob das Hingegebene untergegangen ist, da bei seiner Geltendmachung keine Rückgabe stattfinden soll.

Ist nur ein Teil der hingegebenen Sachen mangelhaft, so sind die §§ 469 und 471 entsprechend anwendbar, wonach die Wandlung grundsätzlich nur für die mangelhaften Stücke zu verlangen und der D.-Betrag analog zu vermindern ist. Nur wenn die Sachen als ein einheitliches Ganzes hingegeben sind, und die Trennung einen Nachteil für den D.-Nehmer bedeutet, kann die Wandlung sich auf das Ganze erstrecken. Ein Minderungs- u. U. Schadensersatzanspruch ist ebenfalls gegeben.

III. Obige Ausführungen zeigen, daß die Meinung, das Darlehen sei ein streng einseitiger Vertrag, unbegründet ist. Freilich erzeugt der D.-Vertrag grundsätzlich nur eine Verpflichtung, die des D.-nehmers, das Dargeliehene in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, schließt aber nicht die Entstehung von Verpflichtungen des D.-Gebers aus[14]. Der D.-Vertrag enthält grundsätzlich das (stillschweigende) Versprechen des D.-Gebers, daß das Dargeliehene bestimmte Eigenschaften aufweist, oder daß es nicht fehlerhaft sei. Auf Grund dieses Versprechens gestaltet sich die Verpflichtung des D.-Empfängers, Sachen bzw. Wertpapiere der gleichen Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, oder ist das Dargeliehene fehlerhaft, so haftet der D.-Geber dem D.-Nehmer gegenüber. Das Darlehen ist also kein streng einseitiger Vertrag, sondern ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag (contr. bilaterales inaequales).

---

[13] Die Unterscheidung der §§ 459 II und 463 1 — Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges oder schon beim Vertragsabschluß — ist im Darlehen als Realvertrag nicht möglich.

[14] So Windscheid-Kipp, 1906, Bd. II, § 371 Anm. 2. — Dernburg, Pandekten, Bd. II, 1903, § 87 2, S. 238. Vgl. Art. 1898, 1891 C. C.

§ 5. Das Zurückzuerstattende.

I. Der Grundsatz des D.-Vertrages ist die Vereinbarung der Rückgabe des Hingegebenen. § 607 I. Das Empfangene, in unserem Fall Sachen, sind in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Was man unter Art- und Gütegleichheit versteht, unterliegt keinem Zweifel. Ein kleiner bedeutungsloser Unterschied zwischen dem Hingegebenen und dem Zurückzuerstattenden in Art und Güte ist den Umständen nach nach Treu und Glauben zu verzeihen.

Über die gleiche Art der Wertpapiere ist folgendes zu bemerken: die zurückzuerstattenden Wertpapiere sind mit den hingegebenen gleicher Art, wenn sie die gleichen allgemeinen und besonderen Merkmale aufweisen, z. B. sind Inhaberaktien gegeben, so sind Inhaberaktien zurückzuerstatten. Ob die Wertpapiere denselben Nominalwert haben, ist gleichgültig, da der Nominalwert nicht als wesentliches Merkmal bezeichnet werden kann. Es genügt, daß der gesamte Nominalwert der zurückzuerstattenden Wertpapiere derselbe mit dem der Hingegebenen ist.

Unter Güte bei den Sachen ist die Qualität zu verstehen. Bei den Wertpapieren taucht, da sie bloße Papierstücke sind, ohne materielle Grundlage und ohne objektiven Wert und nur als Verkörperung eines Rechtes erst einen Wert erhalten, die Frage auf, was unter „Güte" zu verstehen ist. Darunter sind die Sicherheiten zu begreifen, mit denen die Wertpapiere ausgerüstet sind. Die zurückzuerstattenden Wertpapiere müssen nach dem beim Darlehen geltenden Prinzip dieselben Sicherheiten aufweisen wie die dargeliehenen.

Die Sicherheiten der Wertpapiere unterscheiden wir in allgemeine und besondere. Unter allgemeiner Sicherheit ist die zu verstehen, die die Person des Ausstellers (der eine natürliche oder juristische Person sein kann) gewährleistet. Sie steht notwendigerweise bei den Wertpapieren. Sie ist eine rein persönliche Sicherheit, deren letzte Grundlage das Vermögen des Ausstellers bildet, ohne aber von den Schwankungen dieses Vermögens formell beeinflußt zu sein. Sie ist an die Person des Ausstellers geknüpft.

Als besondere Sicherheiten gelten diejenigen, die den Wertpapieren durch Rechtsgeschäft hinzugefügt sind, z. B. Sicherung durch eine Hypothek.

Um von gleicher Güte bei den Wertpapieren sprechen zu können, müssen sie also von derselben Person (natürlich oder juristisch) ausgegeben und mit den gleichen „besonderen" Sicherheiten ausgestattet werden, was meistens nur bei Wertpapieren zutrifft, die nicht nur von derselben Person ausgegeben sind, sondern auch derselben Ausgabereihe angehören.

Daß der Markt- oder Börsenpreis der Wertpapiere zu ihrer Güte rechnet, und infolgedessen die zurückzuerstattenden Wertpapiere denselben Markt- oder Börsenpreis aufzuweisen haben, ist zu verneinen. Der Markt- oder Börsenwert ist ein Ergebnis des Kredits, d. h. des Vertrauens, das die Menschen dem Aussteller schenken. Der Kredit ist also keine Qualität der Wertpapiere, sondern eine subjektive Würdigung der Menschen gegenüber ihrem Aussteller.

Unter „gleicher Menge“ soll man bei Wertpapieren nicht verstehen, daß dieselbe Zahl von Stücken zurückzugeben sei, da es vorkommen kann, daß ein Stück mehrere Einheiten z. B. Aktien umfaßt. Gleiche Menge ist also grundsätzlich aufzufassen als dieselbe Zahl von Einheiten, z. B. anstatt 10 gegebenen Obligationen in zehn Stücken kann ein Stück, zehn Obligationen umfassend, zurückgegeben werden (vgl. aber oben).

II. Da der Markt- oder Börsenpreis der (dargeliehenen) Sachen schwankend ist, kommt es häufig vor, daß er von der Zeit der Übergabe bis zur Rückgabe eine Veränderung erfährt. Diese Preisschwankungen, die mit der Güte, wie bereits erklärt, nichts zu tun haben, sind ohne Bedeutung für das Sachend. Die Gefahr einer Entwertung des Geschuldeten, ebenso aber auch eine Steigerung seines Preises treffen den D.-Geber (s. auch § 7 b).

Bei Gläubiger- und Schuldnerverzug gelten die allgemeinen Vorschriften über Verzug.

Grundsätzlich ist der D.-Nehmer berechtigt, Sachen besserer Güte zurückzugeben, nur ausnahmsweise nicht, wenn dem D.-Geber besonders daran liegt, Sachen derselben und nicht besserer Güte zurückzubekommen.

§ 6. Zinsen.

I. Das Darlehen ist im Gesetz grundsätzlich unentgeltlich aufgefaßt; nur im Falle einer besonderen Vereinbarung der Parteien sind Zinsen (Entgelt) zu zahlen, § 608. Trotzdem ist das Darlehen von Natur aus ein entgeltlicher Vertrag[15]. Die Überlassung des Gebrauchs von fremdem Kapital ohne Entgelt ist in der heutigen Wirtschaft unverständlich, wie z. B. bei einem Mietvertrag nicht zu verstehen wäre, wenn der Vermieter dem Mieter den Gebrauch des Grundstücks ohne Mietzins überließe. Dieses ist besonders klar, wenn im Wertpapierd. verzinsliche Wertpapiere, übergeben werden, und so der D.-Nehmer ihre Zinsen (im Falle er die Wertpapiere nicht weiter veräußert) erhält und keine zu zahlen braucht. Beim unentgeltlichen Darlehen besteht also eine Schenkung der Zinsen gegenüber dem D.-Nehmer.

Wir können von Zinsen des Darlehens nur in dem Falle sprechen, wenn das Entgelt in einer Quote des geliehenen Kapitals besteht. Handelt es sich nicht um eine Quote, so liegt bloß ein entgeltliches Darlehen vor, z. B. wenn eine Sache als Entgelt für das geleistete Darlehen gegeben wird (dabei muß die Sache nicht als Verkörperung der geschuldeten Zinsen aufgefaßt werden). Im Zweifel soll Gleichheit von Kapital und Entgelt gelten[16].

[15] Vgl. § 354 II HGB u. Art. 313 II OR.

[16] Die Motive zum BGB §§ 455 u. 456 erachten die Fragen, ob die Zinsen in Geld zu bezahlen sind, und bejahendenfalls, wie der für die Zinsen maßgebende Kapitalbetrag zu ermitteln ist, als Auslegungsfragen. Dagegen bestimmten das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch § 1079, der Hessische Entwurf § 150, der Bayrische Entwurf § 633, sowie der Dresdner Entwurf § 533, daß die Zinsen eines Darlehens, in welchem Inhaberpapiere hingegeben sind, immer in Geld und im Zweifel nach dem Kurswert der Wertpapiere zur Zeit der Hingabe zu entrichten sind. Letzteres ist im Hessischen und Bayrischen Entwurf unentschieden.

Die Frage, wie die Zinsen tatsächlich zu zahlen sind, ist nicht mit der Frage zu verwechseln, worin die Zinsen bestehen. So ist es nicht nötig, in Sachen bestehende Zinsen tatsächlich in Sachen zu leisten, sie können vielmehr in Geld entrichtet werden. Als Wert der die Zinsen bildenden Sachen ist im Zweifel der Wert der Fälligkeitszeit der Zinsen anzunehmen.

Das Problem der objektiven Unmöglichkeit der Leistung der Zinsen sowie die Wirkungen der objektiven Unmöglichkeit der Zurückerstattung des D.-Gegenstandes auf die Verpflichtung, Zinsen zu leisten, werden wir im Zusammenhang mit dem Problem des Unmöglichwerdens der Hauptschuld im nächsten Paragraphen behandeln.

Als objektive Unmöglichkeit der Leistung ist nicht der Fall aufzufassen, wo technische Schwierigkeiten zur Leistung vorliegen, z. B. wenn die in Wertpapieren zu zahlenden Zinsen nicht den Wert eines Wertpapieres betragen. Nach Treu und Glauben ist in diesem Fall eine Umwandlung in Geld vorzunehmen.

Grundsätzlich ist die Höhe der Zinsen der Vereinbarung der Parteien überlassen. Ist der Zinsfuß nicht bestimmt, so soll er nach § 246 vier Prozent, nach § 352 HGB fünf Prozent pro Jahr, falls das Darlehen ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, betragen.

Die Freiheit in der Vereinbarung der Höhe des Zinsfußes (des Entgelts) wird durch den Wucherparagraphen § 138 Abs. II und § 247 beschränkt. § 138 II droht mit Nichtigkeit aller Rechtsgeschäfte, in welchen unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des einen Teils, der andere Vermögensvorteile den Umständen nach in auffälligem Mißverhältnis zu seiner Leistung stehend erreicht.

Wird das Mißverhältnis zwischen Leistung und Versprechen wegen der nachträglich veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse beseitigt, so ist trotzdem das wucherische Rechtsgeschäft nichtig. Die Nichtigkeit ist unheilbar nach dem Prinzip quod ab initio vitiosum est, convalescere non potest. Diese Unheilbarkeit kann aber zum Nachteil des zu schützenden Schuldners führen, da eventuell durch Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse das Rechtsgeschäft vorteilhaft für den Schuldner werden kann[17].

Im § 247 hat der Gesetzgeber den Fall vorgesehen, in dem der Zinsfuß höher ist als 6 Prozent und nicht die Voraussetzungen des § 138 II vorliegen, da keine Ausbeutung der Notlage usw. des Schuldners besteht. In diesem Fall ist dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, sich unter bestimmten Voraussetzungen von einer solchen lästigen Schuld zu befreien.

II. Wenn das Entgelt in Geld vereinbart ist, taucht die Frage auf, zu welchem Preis der geschuldeten Sachen (welcher Zeit und welchen Ortes) im Zweifel zu berechnen ist. Nach einer ersten Meinung soll der Preis der Sachen zur Zeit ihrer Hingabe maßgebend sein[18]. Eine zweite Meinung ist die, daß der Preis der Rückgabezeit

[17] Siehe de lege ferenda Ennec.-Nipperdey, Allg. Teil. 1931. § 179, Anm. 6a, S, 588.

[18] Sächs. BGB § 1079.

in Rücksicht genommen werden soll. Dritter Ansicht nach sollen die Früchte der dargeliehenen Sachen als Zinsen der Darlehensschuld gelten. Eine vierte Meinung ist die, daß die Vergütung nach dem Nominalwert der gegebenen Wertpapiere zu berechnen ist.

Die zwei letzten Meinungen sind abzulehnen, da die erstere nur bei fruchtbringenden Sachen möglich ist, und die letztere zu Ungerechtigkeiten führen kann.

Wir sind der Meinung, daß man zwei Fälle unterscheiden muß, um eine richtige Antwort auf die obige Frage geben zu können, und zwar den Fall des kurzfristigen und den des langfristigen Darlehens.

Was das kurzfristige Darlehen anbelangt, scheint uns die Meinung, daß der Preis der Rückgabezeit berücksichtigt werden soll, ungerecht für beide Vertragsparteien zu sein. Denn es entspricht nicht der Gerechtigkeit, daß der D.-Geber im Falle einer Entwertung der Sachen zur Zeit der Rückgabe nicht nur die entwerteten Sachen, sondern auch die verminderte Vergütung (berechnet auf die geringere Schätzungssumme) anzunehmen hat. Ebenso ist es unbillig, daß bei Wertsteigerung der Sachen der Schuldner nicht nur die verteuerten Sachen zurückerstatten muß, sondern er hat auch eine Vergütung, berechnet auf eine höhere Schätzungssumme, zu entrichten, eine Summe, die ihm nie gegeben worden ist.

Die Meinung, daß das Entgelt auf den Wert der Sachen zur Zeit der Hingabe zu berechnen ist, scheint uns für beide Parteien gerecht zu sein. Dadurch werden nicht nur die Nachteile der oben erwähnten (zweiten) Meinung vermieden, sondern auch der Schaden, den eine Wertsteigerung oder eine Entwertung der Sachen den Parteien verursacht, vermindert. Der Darleiher, der Sachen zu einem höheren Preis als dem der Hingabe zurückbekommt, muß ein Entgelt, berechnet auf ihren niedrigen Wert zur Zeit der Hingabe, empfangen und umgekehrt ist der D.-Nehmer, im Falle einer Entwertung der Sachen, berechtigt, die entwerteten Sachen zurückzugeben, hat aber ein auf ihren höheren Wert zur Zeit der Hingabe berechnetes Entgelt zu zahlen. Dieses bedeutet eine Beteiligung beider Parteien an der Gefahr der Entwertung oder Aufwertung des D.-Gegenstandes.

Was das langfristige Darlehen betrifft, scheint uns, daß die beiden erwähnten Meinungen ungerecht und unbillig, wenn nicht tatsächlich unmöglich, für beide Parteien sind. Denken wir an ein Darlehen, dessen Gegenstand 100 Inhaberaktien der AB Aktiengesellschaft bilden. Nehmen wir an, daß der Vertrag heute mit fünfjähriger Frist abgeschlossen ist. Wenn nicht eine besondere Vereinbarung vorliegt, so ist die Vergütung jährlich am Ende eines jeden Verzinsungsjahres zu entrichten § 608. Wie wird man als Anhänger der Meinung der Vergütungsberechnung zum Wert der Rückgabezeit das Entgelt des ersten Jahres berechnen, wenn die Rückgabe der Sachen nach vier Jahren stattfinden soll, und ihr Wert zu jener Zeit nicht vorauszusehen ist. Man kann behaupten, daß eine endgültige

Berechnung des Entgelts am Tage der Rückgabe stattfinden soll, was aber für langfristige Verträge uns nicht als empfehlbar erscheint.

Die Vergütungsberechnung zum Wert der Rückgabezeit erscheint uns auch ungerecht für den D.-Geber, weil, im Falle einer Entwertung der Sachen zur Zeit der Rückgabe, er einen verminderten Anspruch auf Vergütung hat, trotzdem die Sachen während der ersten Jahre des Vertrags bis eventuell kurz vor der Rückgabezeit wertvoll waren.

Also ist die Meinung, entscheidend sei der Wert zur Rückgabezeit, abzulehnen.

Die Zugrundelegung des Wertes zur Hingabezeit hat den Vorteil, daß die Vergütung von Anfang an genau bestimmt ist, da der Wert der Sachen zur Zeit der Hingabe angegeben ist, kann aber zu einer ungerechtfertigt hohen oder niedrigen Vergütung führen, falls die dargeliehenen Sachen während der Zeitdauer des D.-Vertrages eine Entwertung oder Wertsteigerung erfahren.

Unserer Meinung nach wäre es gerecht und billig, bei langfristigen Darlehen das Entgelt im Zweifel nach dem Wert der Sachen am Anfang eines jeden Verzinsungsjahres zu berechnen. Diese Meinung stützt sich mittelbar auf § 608, nach welchem die Zinsen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres fällig sind.

Was die Frage anbelangt, welcher Ort für die Bestimmung des Wertes der Sachen in Betracht kommt, herrscht Übereinstimmung, daß im Zweifel der Ort der Hingabe der Darlehensvaluta maßgebend sein soll.

§ 7. Das Problem der Unmöglichkeit der Zurückerstattung.

a) Die Unmöglichkeit.

Da im Darlehen das Geschuldete nach einer Frist vom Abschluß des Vertrages zurückzuerstatten ist, so kann es vorkommen, daß zu dieser Zeit die Zurückerstattung des Dargeliehenen unmöglich geworden ist. Als unmöglich ist eine Leistung zu bezeichnen, die nicht erbracht werden kann[19]. Kann aber überhaupt eine Unmöglichkeit bei einem Sachen-D. vorkommen, m. a. W., kann die Zurückerstattung der dargeliehenen Sachen unmöglich werden, da sie vertretbar sind? Praktisch ist es selten, daß die Leistung vertretbarer Sachen unmöglich wird, jedoch denkbar. Es kann häufiger bei Wertpapieren als bei Sachen vorkommen.

Unter Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners ist die objektive Unmöglichkeit zu verstehen, d. h. wenn die Leistung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht nur für die Person des Schuldners, sondern auch für jeden anderen Menschen unmöglich ist. Ob der Schuldner nicht die Mittel besitzt, seine Verpflichtung zu erfüllen, hat keine Bedeutung. Er hat sein Unvermögen in allen Fällen zu vertreten, gleichgültig, ob es schuldhaft oder schuldlos eintritt, § 279.

Die Unmöglichkeit der Leistung soll nachträglich, d. h. nach dem Abschluß des D.-Vertrages, eintreten. Bei ursprünglicher Unmöglichlichkeit ist der Vertrag nach § 306 nichtig.

[19] Ennec.-Lehmann: Schuldv. 1932. § 29 I, 2.

Die Unmöglichkeit muß unverschuldet sein. Tritt sie infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ein, so haftet er nach § 276 im Zweifel für Vorsatz und Fahrlässigkeit. § 280 bestimmt weiter die Rechte des Gläubigers. Die Unmöglichkeit soll auch nicht durch Verschulden des Gläubigers eintreten. Verschuldet der Gläubiger die Unmöglichkeit, so liegt ein Fall des nichtzuvertretenden Unmöglichwerdens der Leistung für den Schuldner vor, der ihn nach § 275 I, von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit.

Die objektive Unmöglichkeit kann man in absolute und relative unterscheiden. Absolute objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung aus materiellen, physischen Gründen nicht zu erbringen ist, relative objektive Unmöglichkeit, wenn die Leistung physisch möglich ist, aber wegen besonderer, außerordentlicher Umstände nicht zu erbringen ist.

Als Beispiele einer solchen Unmöglichkeit möchten wir folgende erwähnen: 1. wegen Konkurses der A.-G. sind die in einem D.-Vertrag geschuldeten Aktien dieser Gesellschaft unmöglich zu leisten (absolute objektive Unmöglichkeit); 2. die ganze Weltproduktion einer Sache (besonders verbrauchbarer Sache quantitativ kleiner Produktion) ist von einer Person, einer A.-G., gekauft und aus dem Verkehr gezogen (relative objektive Unmöglichkeit).

Auf den Fall der absoluten und relativen objektiven Unmöglichkeit der Zurückerstattung des Dargeliehenen, der nach Abschluß des D.-Vertrages eintritt und nicht von einer der Parteien verschuldet wird, ist grundsätzlich § 275 anzuwenden. §§ 323, 324, 325 sind hier nicht anwendbar, da sie einen gegenseitigen Vertrag betreffen und das Darlehen nicht als ein solches bezeichnet werden kann.

b) Sind die „übermäßigen Schwierigkeiten" der Unmöglichkeit gleichzustellen?

Nach der herrschenden Lehre[20] sind die „übermäßigen Schwierigkeiten", die der Leistung entgegenstehen und deren Überwindung dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, der Unmöglichkeit gleichzustellen.

Diese Lehre führt zu Konsequenzen, die ungerecht und für die Rechtssicherheit gefährlich sind. Die „übermäßigen Schwierigkeiten" sind letzten Endes nichts anderes als eine Wertsteigerung der Leistung des Schuldners, so z. B. in den von Enneccerus a. a. O. erwähnten Beispielen, wie die ins Meer gefallene Sache, die nur durch ganz unverhältnismäßige Taucherarbeiten heraufgehoben werden kann, wie das zu erbauende Haus mit der entdeckten riesigen Höhle usw. Die Leistung ist möglich, aber nur durch große Ausgaben seitens des Schuldners; m. a. W., die Leistung ist vergrößert, vom Standpunkt des Schuldners im Wert gestiegen. Wenn wir also in diesen Fällen den Schuldner nach analoger Anwendung des § 275 befreien wollen, so stellen wir mittelbar das Prinzip auf, daß bei einer übermäßigen Wertsteigerung der Leistung des Schuldners

[20] Ennec.-Lehmann, Schuldv. 1932. § 29 I, 2. S. 116.

letzterer frei wird. Dieses ist eine notwendige Folgerung der herrschenden Lehre.

Daß dieses Prinzip eine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeutet, ist klar. Ebenfalls ist es ungerecht, weil der befreite Schuldner für das Empfangene nach den Bereicherungsgrundsätzen haftet, und es kann vorkommen, daß der Gläubiger selbst das Geleistete nicht zurückerhalten kann (§ 818 III). Die Ungerechtigkeit ist noch größer, wenn dem Gläubiger durch die Befreiung des Schuldners weiterer Schaden zugefügt wird, z. B. Vertragsstrafe in einem mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag. Außerdem ist die herrschende Lehre einseitig, da sie nur den Schuldner begünstigt. Sie berücksichtigt nur Schwierigkeiten, die zuungunsten des Schuldners ausfallen würden, nicht aber Erleichterungen der Verpflichtung des Schuldners, die zuungunsten des Gläubigers eintreten könnten. So soll beim Darlehen der Schuldner, wenn eine riesige Wertsteigerung der Sachen vorkommt, von seiner Verpflichtung, die Sachen zu leisten, wegen „übermäßiger Schwierigkeiten" befreit werden. Im Gegenteil, dem Gläubiger ist im Falle einer völligen oder wesentlichen Entwertung der Sachen nur die Möglichkeit gegeben, falls die völlige oder wesentliche Entwertung der Sachen als „veränderte Umstände" anerkannt wird, nach Treu und Glauben eine Anpassung der Leistung an die veränderten Umstände zu erreichen. (§ 242. Ein Fall der clausula rebus sic stantibus).

Wir sind der Meinung, daß die „übermäßigen Schwierigkeiten" oder Erleichterungen der Leistung des Schuldners einheitlich als Wertsteigerung bzw. Wertminderung der Leistung zu begreifen sind, die eine Zerstörung der Äquivalenz der Leistungen in einem Vertrag verursachen. Die Äquivalenz soll bei den gegenseitig verpflichtenden Verträgen zwischen den gegenseitigen Leistungen bestehen, bei den einseitig verpflichtenden Verträgen zwischen der vertraglichen Leistung und der außerhalb des Vertrages stehenden Leistung (welche mittelbar die Gegenleistung der vertraglichen Leistung ist), oder der zum Abschluß des Vertrages nötigen Leistung, z. B. beim D.-Vertrag. Besteht bei dem einseitig verpflichtenden Vertrag keine mittelbare oder unmittelbare Gegenleistung, so gilt die Zerstörung der Äquivalenz zwischen dem Wert, den die Parteien der einseitigen Leistung beim Vertragsabschluß beimaßen, und dem Wert, den die Leistung nachträglich aufweist.

Treu und Glauben und die Verkehrssitte verlangen grundsätzlich, daß eine verhältnismäßige Äquivalenz zwischen den Leistungen der Parteien in einem Vertrag herrscht, wobei eine gewisse, dem Fall nach zu bestimmende Ungleichheit zu ertragen ist. Ist diese Äquivalenz zerstört, so ist nach § 242 in Verb. mit § 157 eine Anpassung der Leistungen an die veränderten Umstände vorzunehmen, in besonderen Fällen ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Das Rücktrittsrecht ist in allen Fällen zu gewähren, wo eine Anpassung der vertraglichen Verhältnisse an die veränderten Umstände gegen die Interessen beider Parteien wäre. Das schon Geleistete ist nach den bei Rücktritt geltenden Vorschriften zurückzuerstatten.

Es kann behauptet werden, daß die Umwandlung der Anpassung der vertraglichen Verhältnisse an die veränderten Umstände von einem Ausnahmefall in ein allgemeines Prinzip, eine Gefährdung der Rechtssicherheit und eine Verletzung des Fundamentalsatzes jeder Rechtsordnung, daß Verträge gehalten werden müssen (pacta sunt servanda), bedeutet.

Wie aber dient man der Rechtssicherheit, wenn der Schuldner trotz der veränderten Umstände ebenso leisten muß, wie es beim Abschluß des Vertrages nach den damals geltenden Verhältnissen vereinbart wurde? Und wie fühlt der Gläubiger die Rechtssicherheit, wenn er eine Leistung annehmen muß, die einen geringeren Teil seines Anspruches darstellt?

Wir sind der Meinung, daß ein allgemeines Prinzip anerkannt werden muß, nach welchem den Parteien ein Recht auf Anpassung der Leistungen in einem Vertrag bzw. ein Rücktrittsrecht zu gewähren ist, und zwar in allen Fällen, in denen eine wichtige, nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte unerträgliche Zerstörung der Äquivalenz der Leistungen vorkommt. Das ist eine Forderung der Rechtssicherheit, die gesetzlich durch § 157 und § 242 zu begründen ist. Sicherlich soll eine Ausnahme gelten für bestimmte Rechtsgeschäfte, z. B. für Börsengeschäfte, die einen spekulativen Charakter haben.

Diese Meinung, die den Kredit in dem wirtschaftlichen Leben befestigt, entspricht den Grundprinzipien der nationalsozialistischen Rechtsschöpfung, die mehr als je die Rechtssicherheit, Rechtswahrheit und Rechtsklarheit im Staate schaffen will[21].

c) Die Zerstörung der Äquivalenz der Leistungen beim Sachendarlehen.

Nach dem Prinzip der Anpassung sind die drei Probleme zu lösen, die bei einem Sachen-D. vorkommen können, nämlich, das Problem der Vollentwertung des D.-Gegenstandes, das der wesentlichen Entwertung bzw. Aufwertung und das der riesigen Wertsteigerung.

Die Vollentwertung, eine völlige oder zu einem Schleuderpreise, kann häufiger bei Wertpapieren als bei Sachen vorkommen. Die Sachen können eine Vollentwertung erfahren, z. B. bei einer sehr reichen Ernte.

Eine riesige Wertsteigerung kann meistens bei Wertpapieren vorkommen, z. B. ist es möglich, daß die Aktien einer Petroleum-A.-G. durch Entdeckung neuer Ölquellen auf ihrem Gebiet eine plötzliche, ungeheure Wertsteigerung erfahren.

Eine Anpassung der Leistungen an die veränderten Umstände ist in allen drei Fällen gerecht, entspricht der Natur des Darlehens als nicht spekulativen Vertrages und bedeutet eine einheitliche Lösung der Probleme, die die Zerstörung der Äquivalenz der Leistungen hervorruft.

---

[21] Reichsminister Dr. Frank in ZAkDR, III. Jahrgang, S. 492.

Grundsätzlich hat der Schuldner so viel an Wert zurückzuleisten, wie er an Wert bekommen hat. Ein Unterschied in den Leistungen, der nicht einen der oben erwähnten drei Fälle bildet, ist zu dulden.

Die Zinsen sind analog zu berechnen, d. h. nach der angepaßten Leistung.

d) Die Unmöglichkeit der Zurückerstattung im besonderen.

I. Die Frage der objektiven, nachträglichen, unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung ist grundsätzlich nach § 275 I zu beantworten.

Bei dem Sachen-D. findet § 275 I Anwendung. Der Schuldner wird von seiner Verpflichtung, die dargeliehenen Sachen zurückzuerstatten, befreit. Der Gläubiger hat gegen ihn einen Bereicherungsanspruch, um das Geleistete zurückzuerhalten.

Der Gläubiger kann nicht von dem befreiten Schuldner das stellvertretende commodum verlangen. § 281 ist hier nicht anwendbar, da es sich bei Sachen-D. um eine Gattungsschuld handelt[22]. § 281 hätte die Bedeutung, daß dem Gläubiger ein Anspruch gegen den Schuldner gewährt würde, ähnlich dem aus dem § 818 I gegebenen, aber ohne die Gefahr der Einwendung aus § 818 III.

Bei dem Wertpapier-D. ist die Unmöglichkeit der Leistung nach § 245 zu regeln.

§ 245 bestimmt, daß, wenn Geldschulden in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen sind, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, die Zahlung so zu leisten ist, wie wenn die Münzsorte in dem Vertrag nicht bestimmt wäre. Das Gesetz faßt diesen Fall nicht als Unmöglichkeit der Leistung auf. Der Schuldner muß den Wert, den die vereinbarte Münzsorte zur Zeit der Entstehung der Schuld hatte, leisten.

Nach analoger Anwendung des § 245 auf das Wertpapier-D. muß der Schuldner dem Gläubiger bei Unmöglichkeit der Zurückerstattung der geschuldeten Wertpapiere ihren Wert in Geld zur Zeit der Eingehung des D.-Vertrages leisten, wie wenn nicht bestimmt wäre, daß Wertpapiere zurückzugeben seien. Die Anwendung des § 245 auf das Wertpapier-D. führt zu Ergebnissen, die gerecht und zweckmäßig sind, da er den Anspruch des Gläubigers sichert und somit den Kredit fördert.

Gegen die analoge Anwendung des § 245 auf das Wertpapier-D. könnte man einwenden, daß § 245 eine Sonderregelung einführt, da er eine Abweichung von der allgemeinen Regelung des nichtzuvertretenden Unmöglichwerdens des § 275 anordnet und infolgedessen seine analoge Anwendung nach dem Prinzip, daß singuläre Rechtssätze zu allgemeiner analoger Anwendung nicht geeignet sind, nicht möglich ist.

---

[22] Ennec.-Lehmann, Schuldv. 1932. § 46 II, 1. S. 180.

Wir sind der Meinung, daß es sich hier nicht um eine allgemeine Analogie, sondern um eine solche innerhalb des eigenen Prinzips, das dem singulären Rechtssatz (§ 245) zugrundeliegt, handelt, die gestattet sein soll[23]. Die Wertpapiere weisen viele Eigenschaften des Geldes auf, und daher werden sie häufig als Verkehrsgeld benutzt, besonders wenn es sich um Masseninhaberpapiere, die beim Wertpapier-D. in Frage kommen, handelt. Das Geld, besonders das in der heutigen Wirtschaft herrschende Papiergeld, wobei keine Pflicht der ausstellenden Bank, es in Gold umzuwechseln, besteht, und Wertpapiere, sind nicht als zwei verschiedene Dinge zu betrachten, es sind vielmehr zwei Arten derselben Gattung[24].

II. In der Literatur ist das Problem der Unmöglichkeit beim Sachen-D. verschieden behandelt.

Nach dem Plankschen Kommentar II, 1928, zu § 607, 7, erlischt nach § 275 die Darlehensverbindlichkeit des Schuldners, wenn die Inhaberpapiere aus dem Verkehr gezogen sind. Nach Treu und Glauben aber ist dem Gläubiger der Wert zu ersetzen, den die Wertpapiere zur Zeit der Hingabe des Darlehens hatten.

Nach Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB, 1928, Darlehen, § 607, II, 5b (der früheren Meinung des Plankschen Kommentars zustimmend) ist dem D.-Geber ein Bereicherungsanspruch gegen den befreiten Schuldner zu gewähren[25].

Gegen die Meinung des Plankschen Kommentars, der Wert der geschuldeten Inhaberpapiere zur Zeit der Hingabe sei nach Treu und Glauben zu ersetzen, ist zu sagen, daß sie nicht auf § 242 gestützt werden kann. Im § 275 ist ausdrücklich bestimmt, daß der Schuldner bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verpflichtung zur Leistung frei wird. Dem Gläubiger sind zweifellos nur die Rechte gegen den befreiten Schuldner gegeben, die andere Paragraphen des BGB oder andere Gesetze gewähren, z. B. die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Nach § 242 ist der Schuldner verpflichtet, die L e i s t u n g so zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, m. a. W., hat § 242 als Voraussetzung eine schon bestehende Verpflichtung zu leisten, die der Schuldner, so wie Treu und Glauben usw. verlangen, erfüllen muß. § 242 kann also keine neue Leistungs-

---

[23] Ennec.-Nipperdey. Allg. Teil. 1931. § 44 I, 2a.

[24] Für eine Verwandlung der Verpflichtung des D.-Nehmers in eine solche zum Ersatz in Geld, vgl. Motive zum BGB II. 1888. § 453. — Nach den §§ 794 und 795 des A. L. R. I 11, wenn Papiere von der gegebenen Art zur Zeit der Rückzahlung gar nicht mehr vorhanden sind, so ist der Kurswert der Wertpapiere zur Zeit des Kontraktes zu ersetzen. — Nach dem Bayrischen Entwurf soll der Wert des Ortes und der Zeit der Zurückerstattung ersetzt werden. Art. 626 Abs. 2. — Nach dem Hessischen Entwurf, Art. 138 Abs. 2, soll die Ersatzsumme nach dem Nennwert der Wertpapiere festgesetzt werden. — Nach dem Dresdner Entwurf, § 530 Abs. 2, ist, wenn die Wertpapiere wegen Einlösung nicht mehr vorhanden sind, so viel zurückzuzahlen, wie bei der Einlösung der Papiere auf solche bezahlt worden ist.

[25] So auch Reichsgerichtsrätekommentar, 1934, § 607, S. 242, 4. — Vgl. Lübbert, Der Kreditvertrag, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 52, § 10, S. 397.

pflicht erzeugen, sondern gestaltet besonders die Erfüllung einer schon vorhandenen Verpflichtung . Beim (Inhaberpapier-)Darlehen ist nach § 275 die Verpflichtung zur Leistung wegen Unmöglichkeit erloschen, und infolgedessen keine Verpflichtung vorhanden, die nach § 242 zu gestalten ist. Es muß also bewiesen werden, wie die Verpflichtung zur Leistung zu begründen sei. § 157 kann nicht als Grundlage dieser Verpflichtung gelten, da es sich nicht um eine Auslegungsfrage des D.-Vertrages, sondern um die gesetzliche Regelung der Frage der Unmöglichkeit der Leistung handelt.

e) Andere Fragen über die Unmöglichkeit der Zurückerstattung.

Es kann vorkommen, daß der Gegenstand des D.-Vertrages zwar in Sachen besteht, aber durch Vereinbarung der Parteien die tatsächliche Zurückerstattung in Geld bewirkt werden muß. Hinzuzufügen ist, daß es sich in diesem Fall nicht um ein Wert-D. handelt. Ist die Leistung der den D.-Gegenstand bildenden Sachen zur Zeit der Zurückerstattung unmöglich geworden, so kann behauptet werden, daß die Regeln über Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden sind. Wir sind der Meinung, daß keine Unmöglichkeit vorliegt, da die Leistung (des Geldes) immer möglich ist. Es ist also der Wert der Sachen zurückzuleisten; billigerweise ist im Zweifel ihr Wert zur Zeit der Entstehung des Darlehens maßgebend, da es auch einen Wert zur Zeit der Zurückerstattung wegen Unterganges nicht gibt.

Die Unmöglichkeit der Leistung muß zur Zeit der Zurückerstattung vorhanden sein, d. h. zu der Zeit, zu welcher die Leistung bewirkt werden darf und muß. Wird aber die Leistung nach dem Eintritt des Verzuges unmöglich, so sind die beim Verzug geltenden Vorschriften anzuwenden, §§ 287, 300.

Durch die Befreiung des Schuldners beim Sachen-D. nach § 275 erlöschen die Nebenverpflichtungen (des Schuldners oder eines Dritten), die akzessorischer Natur sind, z. B. die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen beim verzinslichen Darlehen, die Bürgschaft.

Tritt die Befreiung des Schuldners zu der Zeit ein, wo die unmöglich gewordene Leistung bewirkt werden müßte und dürfte, oder zu der Zeit, wo die Leistung tatsächlich unmöglich geworden ist? Praktisch ist diese Frage von Bedeutung, z. B. für die Zinsen und die Bürgschaft. Sind für die Zeit von dem tatsächlichen Unmöglichwerden der Leistung bis zur Zeit, wo die Leistung zu bewirken war, Zinsen zu zahlen? Haftet der Bürge für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die während dieser Zeit entsteht? § 275 scheint dafür zu sprechen, daß die Befreiung sofort mit der Unmöglichkeit der Leistung eintritt („Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei ..."). Dies ist auch auf § 306 zu begründen, nach dessen analoger Anwendung die Verpflichtung des Schuldners sofort mit dem Unmöglichwerden der Leistung als erloschen angesehen werden muß, da sie nunmehr auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Die Unmöglichkeit muß aber bis zu der Zeit dauern, wo die Leistung bewirkt werden müßte und dürfte. Ist sie zu dieser Zeit schon aufgehoben, so soll

sie als niemals eingetreten gelten, infolgedessen sind z. B. Zinsen für die Zeit der Unmöglichkeit zu leisten. Die Befreiung ist also eine schwebende. (Ein Fall des von Ennec. genannten Schwebezustandes mit provisorischer Regelung. Allg. T., § 75 III.)

Eine zur Zeit der Zurückerstattung vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung ist billigerweise wie folgend zu beurteilen. Die Verpflichtung bleibt bestehen, wird aber hinausgeschoben. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist der dauernden gleichzustellen, wenn die verspätete, wieder möglich gewordene Leistung nicht mehr als eine dem Vertrag entsprechende angesehen werden kann (vgl. RG. 42/114, betreffend das Gemeine Recht). Letzteres kann beim D.-Vertrag sehr selten vorkommen, da der Sinn und Zweck des D.-vertrages die Verpflichtung zur Zurückerstattung des Dargeliehenen ist, und der D.-Geber nicht mit Recht behaupten kann, daß die verspätete Zurückerstattung nicht mehr eine dem Vertrag entsprechende Leistung sei. Der Fall kann von praktischer Bedeutung beim Wertpapier-D. sein, wo bei Unmöglichkeit nach analoger Anwendung des § 245 der Wert zur Zeit der Hingabe anstatt der Wertpapiere zu leisten ist, und zwar, wenn die Wertpapiere entwertet sind. Der D.-Geber hat ein Interesse daran, daß die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichgestellt wird, um anstatt der entwerteten Wertpapiere ihren Wert zur Zeit des Abschlusses des D.-Vertrages zu erhalten. (Dagegen hat er beim Sachen-D. ein Interesse daran, daß die vorübergehende Unmöglichkeit nicht der dauernden gleichgestellt wird, da er in letzterem Falle nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner hat.)

Da das Gesetz teilweise und völlige Unmöglichkeit nicht unterscheidet, sind bei teilweiser Unmöglichkeit für den unmöglich gewordenen Teil die die völlige Unmöglichkeit betreffenden Vorschriften anzuwenden. Daher ist es ohne Bedeutung, ob man als „Leistung" (§ 275 I) einheitlich alle die aus einem D.-Vertrag hervorgehenden Leistungen (Kapitalschuld, Zinsenschuld) oder jede einzelne Leistung für sich auffaßt.

Als teilweise Unmöglichkeit wird der Fall aufgefaßt[26], wo die Leistung an sich möglich ist, aber nur in verschlechterter Qualität. Ist aber die Verschlechterung derart, daß die Leistung gar nicht mehr als die geschuldete angesehen werden kann, so liegt eine völlige Unmöglichkeit vor. Der Fall ist nicht selten, er kann z. B. vorkommen, wenn der ganze Ertrag eines Erzeugnisses wegen schlechten Wetters schlechter Qualität wird. Der Schuldner hat in diesem Fall Sachen verschlechterter Qualität und dazu die eventuelle Bereicherung zu leisten. Diese Meinung ist mit dem Begriff des Darlehens unvereinbar, da sie gegen das Prinzip der Zurückerstattung in gleicher Güte verstößt, ist aber anzunehmen, da sie der Billigkeit entspricht.

Bei einem Darlehen, das durch wiederkehrende Leistungen zurückzuerstatten ist, berührt die Unmöglichkeit oder Entwertung usw. der

---

[26] Ennec.-Lehmann, Schuldv. 1932. § 47 III, S. 184.

einen Leistung nicht den Vertrag und die sonstigen Leistungen. Jede Leistung soll als selbständig betrachtet werden.

Sind die aus einem Wertpapier-D. geschuldeten Wertpapiere, z. B. Aktien einer A.-G., aus dem Umlauf gezogen und neue für diese ausgegeben, so ist billig anzunehmen, daß keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, und daß die neuen Aktien anstatt der geschuldeten zu leisten sind. Die neuen Aktien müssen aber keine wichtigen Unterschiede mit den eingezogenen aufweisen.

Da die Vergütung bei einem entgeltlichen Darlehen nicht gleichartig mit dem Kapital zu sein braucht, kann der Fall eintreten, wo eine der beiden Leistungen möglich ist und die andere unmöglich geworden ist. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Beide Leistungen sind unmöglich geworden. Die bei Unmöglichkeit geltenden Vorschriften sind anwendbar.
2. Die Haupt- (Kapital-)Schuld ist unmöglich zu erfüllen und die Vergütung bleibt möglich. Wegen der Akzessorietät erlischt auch die Verpflichtung zur Vergütung.
3. Die Hauptschuld ist möglich und die Vergütung ist unmöglich geworden. Es liegt eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor, und die bei ihr geltenden Regeln sind anwendbar.

Die Frage des Unmöglichwerdens der Leistung des D.-Nehmers bei Auffassung des Darlehens als Konsensualvertrag ist nach § 323 zu regeln, da es in diesem Fall als gegenseitiger Vertrag gelten soll. Der Gläubiger, der seine Leistung bewirkt hat, besitzt die Möglichkeit, durch den Bereicherungsanspruch nach § 323 III gegen den befreiten Schuldner vorzugehen. § 323 II, nach welchem die Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder die Abtretung des Ersatzanspruches verlangt werden kann, ist hier nicht anwendbar, da es sich um eine Gattungsschuld handelt.

Im Prozeß muß der Schuldner den Beweis führen, daß die geschuldete Leistung unmöglich geworden ist, weil es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt. Er muß ebenfalls beweisen, wenn es bestritten ist, daß die Unmöglichkeit die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes ist. § 282[27].

B. WERTDARLEHEN.

§ 8. Begriff.

Wertdarlehen ist das Darlehen, in welchem Sachen übereignet werden, ihr Wert in Geld aber nach einer Fiktion den Gegenstand des D.-Vertrages bildet[28].

[27] Vgl. Motive zu § 239. Die gesamten Materialien zum BGB von Mugdan. Bd. II, S. 26.

[28] Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht. 1906. § 127 III, unterscheidet zwischen konkretem und abstraktem Wertdarlehen. Er spricht von konkretem Wert-D., wenn es sich um andere vertretbare Sachen als Geld handelt, oder wenn Geld als bestimmte Geldsorte in Betracht kommt, von abstraktem Wert-D., wenn nichts als ein Wert den Gegenstand des Darlehens bildet, ohne daß er nach irgendeiner Seite hin beschrieben oder begrenzt wäre (Gelddarlehen).

Wir aus der obigen Definition zu entnehmen ist, kommen zwei Gegenstände vor, ein wirklicher, reeller Gegenstand (die Sachen) und ein fiktiver, der Wert des Hingegebenen in Geld.

Das Wert-D., welches keine Erscheinung der neueren Zeit ist, da es schon im römischen Recht vorkommt, C. 4. 2. 8, entspringt dem Gedanken, daß alle Sachen als abstrakte Werte, als Wertträger, als Träger eines in Geld ausgedrückten Wertes aufgefaßt werden können ohne Rücksicht auf die Form, in welcher dieser Wert erscheint. Als bloße Wertträger sind beim Wert-D. die hingegebenen Sachen aufzufassen.

Das Wert-D., dessen Regelung der Wissenschaft überlassen ist[29], ist auf § 607 I zu stützen, wobei als „Empfangenes" nicht nur das wirklich Empfangene, sondern auch das aufzufassen ist, was nach Fiktion anstatt des Geleisteten als gegeben und empfangen vereinbart ist (s. auch § 1, I).

Die Parteien sind nicht frei, irgendwelche vertretbare Sache als fiktiv empfangene und infolgedessen als zurückzuerstattende zu vereinbaren. Sie haben nur die Möglichkeit, Geld zu bestimmen. In den Fällen, in denen Sachen hingegeben werden und vertretbare Sachen anderer Art zurückzuerstatten sind, liegt ein Tausch, kein Darlehen, vor.

Die Anerkennung des Wert-D. ist in der Wissenschaft allgemein, seine juristische Konstruktion aber bestritten.

§ 9. Juristische Konstruktion des Wertdarlehens.

I. Wie aus der Definition zu entnehmen ist, konstruieren wir das Wert-D. als einen einheitlichen D.-Vertrag, wobei ein reeller und ein fiktiver Gegenstand zu unterscheiden ist.

Über die juristische Konstruktion des Wert-D. sind viele Meinungen zum Ausdruck gekommen.

Nach dem Planckschen Kommentar zum BGB II, Darlehen, S. 933, 5 b γ, liegt ein Doppelvertrag vor, nämlich ein Kaufvertrag und ein unbedingter D.-Vertrag.

Der RG.-Rätekommentar 1934, Darlehen, S. 242, 1, faßt das Wert-D. als einen Fall des Vereinbarungsdarlehens auf (§ 607 II)[30], wobei die durch den Abschluß eines Kaufvertrages entstehende Kaufschuld sich in eine Darlehensschuld verwandelt.

Diese Konstruktionen teilen das Wert-D. in zwei Verträge, die nichts Gemeinsames haben und die getrennt aufgefaßt werden können. Es handelt sich also nicht um einen selbständigen Typus des D.-Ver-

---

[29] Vgl. Motive zum BGB, Bd. II, § 453, Darlehen in Inhaberpapieren.

[30] So Crome, Bürgerl. Recht. 1902. S. 600, Anm. 2. — Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934. S. 146. — Oertmann, Kommentar zum BGB, Schuldverhältnisse. 1929. § 607, Darlehen, 2c, S. 885. — Vgl. auch Dernburg, Das Bürg. Recht, Schuldverh. 1906. § 234 V. — O. Gierke, Deutsches Privatrecht — Schuldrecht. 1917. § 198, Anm. 58, faßt das Wert-D. in der Regel auf als Hingabe an Zahlungsstatt zur Erfüllung eines auf ein Gelddarlehen lautenden Darlehensversprechens, das sich aber auch als Verkauf mit Belassung der Kaufsumme als Darlehensvaluta darstellen kann.

trages, sondern um eine Gruppe von zwei Verträgen, äußerlich verbunden zwecks Vermeidung gewisser Handlungen.

Außerdem erscheint uns die Meinung lebensfremd, daß die Vertragschließenden einen Verkauf und die Überlassung des Erlöses als Darlehen vor Augen haben. Es ist natürlicher anzunehmen, daß die Parteien durch die Übereignung der Sachen die Übertragung ihres Wertes als D.-Gegenstand wollen.

Gegen die Plancksche Meinung besteht auch folgendes Bedenken: Es ist möglich, daß der Kaufvertrag aus irgendeinem Grunde nicht entsteht, trotzdem sollen wir, nach dieser Meinung, annehmen, daß der D.-Vertrag zustande kommt, da er nicht (von dem Kaufvertrag) bedingt ist. Wie ist aber dieser D.-Vertrag aufzufassen?

II. Das Wert-D. ist von der Leistung an Erfüllungsstatt zu unterscheiden. Letztere ist ein Vertrag, der eine schon bestehende Schuld voraussetzt und bei welchem das Hingegebene Erfüllungssurrogat des schon Geschuldeten ist. Das Wert-D. dagegen setzt keine Schuld voraus, das Hingegebene ist kein Surrogat des schon Geschuldeten, sondern das zum Abschluß des D.-Vertrages zu Gebende[31].

Das Wert-D. ist auch nicht mit dem Schuldverwandlungsvertrag (novatio) zu verwechseln, in welchem die bestehende Schuld, Sachen zurückzuerstatten, durch eine Geldschuld ersetzt wird. Der Unterschied liegt darin, daß die Schuldverwandlung im Gegensatz zum Wertdarlehen eine schon bestehende Schuld voraussetzt.

Ebenfalls ist das Wert-D. von dem Fall zu unterscheiden, wo die Sachen dem D.-Nehmer verkauft werden, und ihm der Erlös als Darlehen überlassen wird. In diesem Fall handelt es sich um zwei zwischen denselben Parteien abgeschlossene Verträge ohne inneren Zusammenhang, nur äußerlich gebunden, um bestimmte Handlungen zu vermeiden.

Das Wert-D. ist weiter vom Hinterlegungsdarlehen (uneigentliche Verwahrung, depositum irregulare) zu unterscheiden. Letzteres wird vorwiegend im Interesse des Gläubigers vorgenommen, das Wert-D. dagegen bezweckt, dem D.-Nehmer Kredit zu geben.

Schließlich ist das Wert-D. vom uneigentlichen Nießbrauch (quasi usufructus, §§ 1067, 1084) zu unterscheiden. Der Zweck des Darlehens ist, wie erwähnt, Kredit zu gewähren, der Zweck des Nießbrauchs sowie des uneigentlichen Nießbrauchs ist, die gesamten Nutzungen des Hingegebenen für irgendeinen Zweck dem Nießbraucher zu überlassen. Außerdem können beim Wert-D. vertretbare, und zwar verbrauchbare oder nicht, beim uneigentlichen Nießbrauch nur verbrauchbare Sachen hingegeben werden. Die Forderung aus dem Wert-D. ist ferner übertragbar und vererblich im Gegensatz zum uneigentlichen Nießbrauch, der weder übertragbar noch vererblich ist. Beim Wert-D. gilt grundsätzlich Freiheit der Parteien, den zurückzuerstattenden Wert des Hingegebenen durch Vereinbarung zu be-

---

[31] Die Auffassung des Wert-D. als Leistung an Erfüllungsstatt ist auch bei Konsensualauffassung des Darlehens ausgeschlossen.

stimmen, während beim uneigentlichen Nießbrauch der Wert zur Zeit der Bestellung zurückerstattet werden muß. § 1067.

III. Das Wert-D. ist letzten Endes ein Gelddarlehen, da Geld den endgültigen Gegenstand des Vertrages bildet. Folglich gelten alle Besonderheiten, die das Gelddarlehen betreffen, grundsätzlich auch für das Wert-D., gehören aber nicht zu unserem Thema.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Wert-D. liegt darin, daß es das Gelddarlehen ermöglicht, trotzdem kein bares Geld vorhanden ist. Es gibt ferner den Parteien die Möglichkeit, die Gefahren, die das Sachen- und Wertpapier-D. mit sich bringt, z. B. die Gefahren einer Entwertung oder Wertsteigerung des Geschuldeten, die des Unmöglichwerdens der Leistung, zu beseitigen. Das Wert-D. dient dazu, den Geldkredit wesentlich zu erweitern.

§ 10. Gegenstand des Wertdarlehens.

Wie oben erläutert, sind beim Wert-D. zwei Gegenstände zu unterscheiden, ein reeller und ein fiktiver.

I. Es ist ohne Bedeutung, ob vertretbare oder unvertretbare Sachen gegeben werden, ob die hingegebenen Wertpapiere Inhaber-, Order- oder Rektapapier sind, da nicht der reelle, sondern der fiktive Gegenstand für das Wert-D. maßgebend ist und infolgedessen nur er dem § 607 I entsprechen muß. Infolgedessen erscheint uns die Definition des Darlehens von Enneccerus[32] „die Übertragung vertretbarer Sachen oder des Wertes s o l c h e r Sachen in das Vermögen des Empfängers mit der Vereinbarung der Rückgabe von Sachen gleicher Art, Menge und Güte“ als mangelhaft, denn es kann im Darlehen die Übertragung (vertretbarer Sachen oder) des Wertes nicht nur vertretbarer, sondern auch unvertretbarer Sachen vorkommen, wie es beim Wertdarlehen der Fall sein kann. Durch diesen Mangel sind die Fälle des Wert-D. (sowie die des Verwertungs-D.), in welchen unvertretbare Sachen hingegeben sind, damit ihr Wert den D.-Gegenstand bildet, vom Darlehen ausgeschlossen. Um den Mangel zu beseitigen, müßte man das Wort „solcher“ in der Definition durch das Wort „beweglicher“ ersetzen.

Unbewegliche Sachen können nicht den reellen Gegenstand des Wert-D. bilden, da sie nicht gegeben und nicht empfangen werden können.

Die in einem Wert-D. hingegebenen Sachen brauchen nicht derselben Art zu sein, so z. B. kann A dem B Waren oder Wertpapiere verschiedener Art, oder Waren und Wertpapiere geben.

II. Der Wert der hingegebenen Sachen in Geld bildet den fiktiven D.-Gegenstand, der der endgültige ist und zurückerstattet werden soll.

Grundsätzlich steht es den Parteien frei, den Wert des Hingegebenen durch Vereinbarung zu bestimmen. Sie können eine bestimmte Summe Geld oder den Wert des Hingegebenen zu einer bestimmten Zeit und einem bestimmten Ort usw. vereinbaren, so z. B. kann als

[32] Ennec.-Lehmann, Schuldv., § 139.

Zeit die der Hingabe oder der Fälligkeit des Darlehens, als Ort der der Hingabe oder einer bestimmten Börse vereinbart werden.

Gegen die Vereinbarung, daß die Bestimmung von Berechnungszeit und -ort einem Dritten oder einer der Parteien überlassen wird, oder daß der höhere Wert des Hingegebenen von der Hingabezeit bis zur Zurückerstattung an einem bestimmten Ort den D.-Gegenstand bilden soll, bestehen grundsätzlich keine Bedenken.

Als Wert des Hingegebenen soll bei Sachen und Wertpapieren, die einen Markt- bzw. Börsenpreis aufweisen, ihr Markt- bzw. Börsenpreis gelten, bei den andern Sachen soll ihr richtiger Wert gelten, der gegebenenfalls durch Sachverständige zu bestimmen ist, bei Wertpapieren ihr Nominalwert.

Die Probleme einer Vollentwertung, einer wesentlichen Entwertung oder Aufwertung, einer riesigen Wertsteigerung zur Zeit oder zum Ort der Wertbestimmung, sind nach dem bei Sachen-D. erwähnten Prinzip der Anpassung an die veränderten Umstände zu lösen. Eine Vereinbarung, durch welche diese Gefahren von einer der Parteien übernommen werden, soll als ungültig, wegen Unvereinbarkeit mit der Natur des Darlehens, angesehen werden, da das Darlehen kein spekulativer Vertrag ist.

Ist die Wertbestimmung wegen Nichtmehrumlauf zu der vereinbarten Zeit (oder am vereinbarten Ort) unmöglich, so soll grundsätzlich der Wert des Hingegebenen zur Zeit (oder am Ort) der Hingabe als D.-Gegenstand nach Treu und Glauben gelten, da dieser Wert in das Vermögen des D.-Nehmers verschoben ist.

Eine Beschränkung der Freiheit der Parteien in der Bestimmung des Wertes des Hingegebenen bildet § 138 II. Eine Ausbeutung kann u. U. auch in der Vereinbarung der maßgebenden Zeit und des Ortes für die Wertbestimmung des Hingegebenen vorliegen, z. B. wenn ein Ort bestimmt wird, an dem das Hingegebene wegen der dort herrschenden Verhältnisse einen viel höheren Wert aufweist, als es am Ort des Vertragsabschlusses und der Zurückerstattung besitzt.

Haben die Parteien eine Geldsumme als D.-Gegenstand bestimmt, und zugleich vereinbart, daß der Wert der hingegebenen Sachen berücksichtigt werden soll, so ist es, falls die vereinbarte Summe mit dem Wert der Sachen nicht übereinstimmt, eine Auslegungsfrage, was den (fiktiven) D.-Gegenstand bilden soll. Haben die Parteien die Geldsumme irrtümlicherweise als den richtigen Wert des Hingegebenen angesehen, so ist dieser als D.-Gegenstand anzunehmen. Ist aber die Geldsumme ohne Rücksicht auf den Wert des Hingegebenen bestimmt, so soll sie als Gegenstand des Darlehens gelten. Im Zweifel ist billig anzunehmen, daß der richtige Wert des Hingegebenen gewollt ist.

Ist der fiktive Gegenstand in dem Vertrag nicht bestimmt, so ist im Zweifel der Wert des Hingegebenen zur Zeit und Ort der Hingabe als maßgebend zu betrachten. Das ist auf das Prinzip der Zurückerstattung des Dargeliehenen in gleicher (Art,) Güte und Menge zurückzuführen. Diese Meinung könnte man auch auf analoge An-

wendung des § 1067 stützen, wonach beim uneigentlichen Nießbrauch der Wert des zum Nießbrauch Gegebenen zur Zeit der Bestellung zu ersetzen sei[33].

§ 11. Andere Fragen des Wertdarlehens.

Der D.-Vertrag ist durch die Übergabe des reellen Gegenstandes als abgeschlossen anzusehen[34].

Ob der D.-Nehmer das Hingegebene durch Verkauf, Einziehung usw. in Geld verwandelt oder nicht, ist für das Wert-D. ohne Bedeutung.

Die Frage der Gefahrtragung ist nach dem allgemein im D.-Vertrag geltenden Prinzip zu beantworten. Der D.-Nehmer trägt von der Übergabe an die Gefahr hinsichtlich des Hingegebenen.

Kreß[35] ist der Meinung, daß der D.-Nehmer als Käufer und nicht als D.-Nehmer die Gefahr trägt. Das ist eine Konsequenz seiner Auffassung des Wert-D. als Kauf mit Verwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld. Bei dieser Auffassung des Wert-D. kann man, was das Hingegebene anbetrifft, nicht von einer Gefahrtragung des D.-Nehmers sprechen, weil es mit dem D.-Vertrag nicht in Berührung kommt.

Was die Rechts- und Sachmängel des Hingegebenen anbelangt, sollen die für Rechts- und Sachmängel beim Sachen-D. geltenden Vorschriften analoge Anwendung finden (s. § 4).

Es ist denkbar, daß der D.-Nehmer, der die zum Wert-D. hingegebenen Wertpapiere weiter veräußert, als Indossant haftet, und daß er später an den Dritten zahlen muß. Durch die Zahlung dieser Regreß-Schuld kann er sich aber nicht von seiner Schuld aus dem D.-Vertrag befreien, weil der D.-geber nur für die veritas und nicht für die bonitas der im Darlehen hingegebenen Wertpapiere haftet. Er ist also auf den Regreß gegen seine Vormänner beschränkt. Zu diesen gehört nun möglicherweise auch der D.-Geber, wenn er als Indossant mithaftet.

Sind Zinsen vereinbart, so sollen sie auf die Geldsumme, die den fiktiven Gegenstand bildet, und im Zweifel von der Übergabe der Sachen an berechnet werden.

Eine objektive Unmöglichkeit der Zurückerstattung beim Wert-D. kommt nicht in Frage, da es sich um eine Geldschuld handelt. Es ist aber denkbar, daß die geschuldete Geldsumme nach Vereinbarung

[33] Das Sächsische BGB, § 1067 II, bestimmt, daß bei der Hingabe öffentlicher Inhaberpapiere zum Darlehen im Zweifel deren Kurswert zur Zeit der Hingabe als Gegenstand des Darlehens anzunehmen sei. — Vgl. auch Bayrischer Entwurf, Art. 625. — Nach dem Entwurf der Kommission für die Revision des ABGB für die Tschechoslowakische Republik, § 924, ist das Wert-D. beschränkt anerkannt, da nur Inhaberpapiere, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, gegeben werden können, und zwar ist ihr Preis zur Zeit der Darlehensgewährung als Valuta anzunehmen. Abweichende Vereinbarungen sind für ungültig erklärt.

[34] Nach dem RGRkommentar, 1934, Darlehen, S. 242, 1, entsteht die Darlehensschuld mit der Entstehung der Kaufschuld.

[35] Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934. S. 146.

der Parteien in einer bestimmten Münzsorte bezahlt werden muß, und daß die letztere sich zur Zeit der Zurückerstattung nicht mehr im Umlauf befindet. Nach § 245 soll die Klausel, daß die Leistung in bestimmter Münzsorte zu bewirken ist, als nicht getroffen gelten.

C. VERWERTUNGSDARLEHEN.
(contractus mohatrae.)

§ 12. Begriff.

Verwertungsdarlehen ist der D.-Vertrag, der unter der auflösenden Bedingung geschlossen ist, daß er hinfällig wird, wenn es dem D.-Nehmer nicht binnen angemessener Frist gelingt, das Empfangene durch Verkauf in Geld zu verwandeln (zu versilbern)[36] [37].

Ein dem Verwertungs-D. ähnliches Institut ist der im Mittelalter durch das aus dem Arabischen stammende Wort „mohatra" bezeichnete Kontrakt.

Den endgültigen Gegenstand des Verwertungs-D. bildet das Geld, welches der D.-Nehmer sich durch Veräußerung der hingegebenen Sachen beschaffen wird. Letztere sind Mittel zur Beschaffung der Darlehensvaluta.

Der Verkauf des Hingegebenen ist als eine auflösende Bedingung aufzufassen. Gelingt es dem D.-Nehmer nicht, binnen einer vereinbarten bzw. einer angemessenen Frist, es zu verkaufen, so tritt die Bedingung ein, und der D.-Vertrag wird hinfällig.

Die Bedingung dient vielmehr dem Interesse des D.-Nehmers als dem des D.-Gebers. Der D.-Nehmer soll ohne weiteres frei von seiner Verpflichtung aus dem D.-Vertrag werden, wenn er trotz pflichtmäßiger Bemühungen das Geld durch Verkauf nicht bekommen kann.

Das Verwertungs-D. ist keine neue Rechtserscheinung. Bereits das römische Recht hat es gekannt[38]. Im Mittelalter diente es dazu, die damals geltenden Zinsverbote zu umgehen.

In dem heutigen Recht gibt es keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit des Verwertungs-D. Die Wissenschaft und Rechtsprechung aber haben es durchaus anerkannt, da es einem wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht[39].

Das Verwertungs-D. kann als Real- sowie als Konsensualvertrag aufgefaßt werden.

Das Verwertungs-D. unterscheidet sich vom Standpunkt seines Gegenstandes vom Wert-D. dadurch, daß bei dem ersteren ein unmittelbarer (Sachen) und ein mittelbarer (Erlös) Gegenstand, beide reell, vorkommen, während bei dem zweiten ein reeller und ein fiktiver Gegenstand zu bezeichnen ist.

---

[36] Das Verwertungs-D. könnte man auch als einen D.-Vertrag definieren, dessen Gegenstand der künftige Erlös der hingegebenen Sachen bildet, der durch Verkauf seitens des D.-Nehmers zu erreichen ist.

[37] Der Name Verwertungsdarlehen ist in der Handausgabe des BGB von Fischer-Henle-Titze, 1932, zu § 607 benutzt.

[38] Dig. 19. 5. 19. pr. Dig. 12. 1. 11. pr.

[39] Schwartzkoppen in Rechtsvergl., Handwörterbuch usw., Bd. II. 1929. Darl. III.

Das Verwertungs-D. ist nicht mit dem Fall zu verwechseln, in dem jemandem Sachen mit dem Auftrage übergeben werden, sie zu verkaufen und den Erlös als Darlehen zu behalten. Im letzteren Fall wird das Darlehen zur Zeit der Einziehung des Erlöses abgeschlossen, die Gefahr trägt bis zur Übergabe an den Käufer der D.-Geber, das Rechtsverhältnis zwischen dem D.-Geber und dem den Verkauf übernehmenden künftigen D.-Nehmer ist als Auftrag aufzufassen und infolgedessen stets widerruflich (§ 671). Ferner besteht keine Verpflichtung der Parteien (abgesehen von besonderer Vereinbarung), den D.-Vertrag abzuschließen. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Verwertungs-D. vorliegt.

Die Bedeutung des Verwertungs-D. liegt darin, daß es den Abschluß eines Gelddarlehens durch die Hingabe von Sachen ermöglicht. Ferner gestattet es eine verhältnismäßig objektive Versilberung des Hingegebenen und verpflichtet den D.-Nehmer nur dann endgültig, falls die Versilberung erreicht wird.

§ 13. Juristische Konstruktion.

Über die Konstruktion des Verwertungs-D. herrscht Streit.

I. Das Verwertungs-D. ist nicht zu verwechseln mit dem im Mittelalter geltenden sog. contractus mohatrae.

Der contractus mohatrae ist von manchen Schriftstellern als Verkauf einer Sache auf Kredit seitens des D.-Gebers an den D.-Nehmer mit sofortigem Rückkauf zu einem kleineren, sofort zu bezahlenden Preis aufgefaßt, von anderen umgekehrt als Kauf einer Sache des D.-Nehmers seitens des D.-Gebers mit sofortiger Zahlung einer Summe baren Geldes, begleitet von einem Kreditverkauf (an den Kreditnehmer) zu einem höheren Preis[40].

Der aus dem Mittelalter stammende contractus mohatrae ist eine Erfindung, um das damals geltende Zinsverbot zu umgehen. Durch einen Scheinkauf und -verkauf konnte man die Darlehensschuld und die verbotenen Zinsen unter dem Mantel einer erhöhten Kaufpreisschuld verstecken. So ist zu erklären, daß der Kauf und Verkauf vorgenommen wurde, trotzdem der Kreditgeber über bares Geld verfügte (den niedrigen bar bezahlten Preis).

II. Enneccerus-Lehmann faßt das Verwertungs-D. auf als eine Vereinbarung der Übergabe eines Gegenstandes an den D.-Nehmer mit der Ermächtigung, ihn durch Veräußerung im eigenen Namen zu Geld zu machen und den Erlös als Darlehen zu behalten. Der D.-Geber verpflichtet sich zur Hingabe, der D.-Nehmer, soweit es der Absicht der Parteien entspricht, zur Hinnahme und zum Verkauf[41].

Diese Konstruktion bedeutet eine Teilung des Verwertungs-D. in voneinander unabhängige Verträge: Sie faßt es als einen schuldrecht-

[40] Dalloz, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. 2, T. VIII. 1922. Contrat de Mohatra. — Planiol, Traité élémentaire du droit civil. 1923. Tome II, 2071, Anm. 1. — Josserand, Cours de droit civil positif français. 1933. Bd. II, 1353.

[41] Ennec.-Lehmann, II. 1932. § 139 III, 3.

lichen Vertrag auf, durch den sich der D.-Geber „verpflichtet", dem D.-Nehmer eine Sache zu übergeben, verbunden mit der Ermächtigung bzw. Verpflichtung des letzteren zur Annahme und zur Veräußerung des Hingegebenen. Vom Darlehen kann man nur von der Zeit der Einziehung des Erlöses an sprechen, wenn man der Realauffassung des Darlehensvertrags treu bleiben will.

Dernburg — Das Bürgerl. Recht, 1906, § 234 II. 4 — nimmt an, daß zunächst ein Vorvertrag über ein Darlehen vorliegt, verbunden mit der unwiderruflichen Ermächtigung, das Übermachte behufs Begründung des Darlehens zu verwerten.

Diese Konstruktion faßt das Verwertungs-D. als einen Vorvertrag auf, d. h. als einen schuldrechtlichen Vertrag, der auf Abschluß eines Darlehens gerichtet ist, verbunden mit der Ermächtigung der Gegenpartei, das Hingegebene zu verwerten. Von einem D.-Vertrag kann keine Rede sein.

Schey behauptet, daß es sich beim Verwertungs-D. um ein suspensiv bedingtes Darlehen handelt, verbunden mit der unwiderruflichen Ermächtigung zur Verwertung des Hingegebenen in der verabredeten Weise[42].

Diese Konstruktion nimmt an, daß ein aufschiebend bedingtes Darlehen möglich ist, was der Realauffassung des Darlehens widerspricht. Wird ein Vertrag über eine von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängige Hingabe eines Gegenstandes zum Darlehen abgeschlossen, so liegt ein Darlehensvorvertrag und kein Darlehensvertrag vor.

H. Kreß nimmt einen Auftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) an mit der Vereinbarung, daß dem Beauftragten der Erlös als Darlehen bleiben soll, d. h. die Verpflichtung zur Herausgabe des Erlöses an den Auftraggeber wird in eine Darlehensschuld abgeändert[43].

Nach dieser Konstruktion handelt es sich um einen Auftrag, verbunden mit einem pactum de mutuo dando und accipiendo. Sie vermag nicht, einen D.-Vertrag zu begründen und ist somit als ungenügend abzulehnen.

H. Kinne — Der contractus mohatrae, Gruchot B. 56, S. 486/487 — ist der Meinung, daß der contractus mohatrae ein dem Darlehensvorvertrag ähnlicher contractus sui generis sei, der im Fall der Unverzinslichkeit des Darlehens sowohl die Verpflichtung des Darleihers, die Sache dem anderen Teil zum Verkauf zu übergeben, wie auch die Befugnis des Kreditnehmers enthalte, die Sache zu verkaufen und den Erlös als Darlehen zu behalten, im Falle der Verzinslichkeit des Darlehens aber auch noch die weitere Verpflichtung des Kreditnehmers zum Verkauf der Sache und zum Behalten des Erlöses als Darlehen in sich schließt, verbunden mit der stets unwiderruflichen Ermächtigung zur Verwertung der hingegebenen Sache behufs Be-

---

[42] Schey, Die Obligationsverh. des österr. allg. Privatrechts. 1890. Bd. I, § 10, c, S. 82. — Swoboda, Darlehnsvertrag, in Klangs Kommentar, z. ABGB, 1934, S. 723, 4, spricht von einem suspensiv bedingten Darlehensvorvertrag.

[43] Lehrbuch des bes. Schuldrechts. 1934. § 27, S. 146.

gründung des Darlehens, und ein durch die Ausführung der Verwertung suspensiv bedingtes Darlehen enthalte.

Nach dieser Konstruktion ist das Verwertungs-D. als ein pactum de mutuo dando bzw. accipiendo aufgefaßt, verbunden mit der Ermächtigung bzw. Verpflichtung, die Sache behufs Begründung des Darlehens zu verwerten, und begleitet von einem suspensiv bedingten Darlehen. Ein Darlehensvorvertrag, verbunden mit einem suspensiv bedingten Darlehen, ist unbegreiflich. Diese Konstruktion ist auch deswegen abzulehnen, weil sie das Verwertungs-D. als nichteinheitlichen Vertrag auffaßt und sich auf ein suspensiv bedingtes Darlehen zu stützen versucht.

III. Das Verwertungs-D. ist unserer Meinung nach, gemäß der gegebenen Definition, ein besonderer Typus des D.-Vertrages. Sein charakteristisches Merkmal ist dies, daß der Vertrag unter der auflösenden Bedingung steht, daß der D.-Nehmer das Hingegebene nachträglich durch Verkauf in Geld verwandeln wird. Die einheitliche Konstruktion des Verwertungs-D. entspricht den Lebensverhältnissen, da anzunehmen ist, daß die Parteien ein einheitliches Rechtsgeschäft abschließen wollen.

§ 14. Gegenstand des Verwertungsdarlehens.

Bei dem Verwertungs-D. kommen zwei Gegenstände vor, ein unmittelbarer und ein mittelbarer. Den unmittelbaren bilden die hingegebenen Sachen, den mittelbaren der durch ihren Verkauf erreichte Erlös.

Als unmittelbarer Gegenstand kann jede bewegliche Sache und jedes Wertpapier gegeben werden, gleichgültig, ob vertretbar oder unvertretbar[44], verbrauchbar oder unverbrauchbar; den mittelbaren Gegenstand aber kann nur Geld bilden.

Die Sachen müssen dem D.-Nehmer übereignet werden. Ob er sie bis zum Verkauf benutzen darf, was nur bei unverbrauchbaren Sachen in Frage kommen kann, ist Auslegungsfrage. Im Zweifel ist es zu verneinen, da die Benutzung eine Wertminderung herbeiführt.

Ob vom Abschluß des Verwertungs-D. bis zum Verkauf das Hingegebene oder sein Erlös den Gegenstand bildet, ist zweifelhaft. Es wäre richtiger anzunehmen, daß erst mit der Übereignung an den Käufer, womit der Anspruch des Verkäufers — D.-Nehmers — auf den Erlös einwandfrei wird, letzterer zum D.-Gegenstand wird. Die Meinung, daß vom Abschluß des Verwertungs-D. an der Erlös den D.-Gegenstand bildet, muß sich auf eine Fiktion stützen und ist deshalb abzulehnen. Außerdem versagt sie, falls der Vertrag hinfällig wird. Jedenfalls ist die Annahme der einen oder anderen Meinung nicht von besonderer praktischer Bedeutung.

[44] Für das gemeine Recht. Heimbach, Die Lehre von dem Creditum. 1849. S. 277. — Burchardi, Das System und die innere Geschichte des röm. Privatrechts. 1854. Das Obligationenrecht, § 253. — Becker — O. R. Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1934. Art. 312, I, 3 — ist der Meinung, daß die Beschränkung auf Geld und andere vertretb. Sachen in d. Definition des Darl. nicht die Hingabe unvertretbarer Sachen ausschließt, Gegenstand des Darlehens ist aber ihr Erlös.

Es kann beim Verwertungs.-D. vorkommen, daß die Bestimmung getroffen wird, daß nicht der ganze Erlös sondern nur ein Teil desselben den mittelbaren Gegenstand des D.-Vertrages bilden soll. Vom Standpunkt logischer Konsequenz aus soll dieses als unvereinbar mit dem Begriff des Verwertungs-D. ausgeschlossen werden, da den unmittelbaren Gegenstand des Vertrages das Hingegebene bildet, und infolgedessen der ganze Erlös als mittelbarer Gegenstand gelten muß. Es darf aber in diesem Fall eine Abweichung, als den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend, gestattet und infolgedessen eine solche Vereinbarung der Parteien als wirksam angesehen werden. Der Fall ist von großer praktischer Bedeutung, da meistens Sachen von höherem Wert als der zu gebende Geldbetrag hingegeben werden. Der Überschuß ist nach den Vorschriften über Auftrag dem Kreditgeber zurückzuerstatten (§ 667 entsprechend anwendbar).

Es kann weiter der Fall vorkommen, daß eine bestimmte Geldsumme als D.-Gegenstand festgesetzt wird und der Erlös der hingegebenen Sachen die festgesetzte Summe unterbietet oder übersteigt. Im ersten Fall ist im Zweifel anzunehmen, daß der erreichte Erlös den D.-Gegenstand bildet, im zweiten dagegen bildet ihn die festgesetzte Summe. Der Überschuß ist zurückzuerstatten (§ 667).

Das Verwertungs-D. ist letzten Endes ein Gelddarlehen, da der Erlös den endgültigen Gegenstand des Vertrages bildet, worauf die das Gelddarlehen betreffenden Regeln Anwendung finden.

§ 15. Abschluß des Verwertungsdarlehens.

I. Das Verwertungs-D. gilt nach unserer Konstruktion schon mit der Übertragung der Sachen in das Vermögen des D.-Nehmers als abgeschlossen.

Über diese Frage, wann der Vertrag als abgeschlossen gelten soll, herrscht in der Wissenschaft Streit.

Nach Enneccerus, dessen Meinung als herrschende bezeichnet werden kann, ist im Zweifel anzunehmen, daß der D.-Vertrag dann erst zustande kommt, wenn der D.-Nehmer den Verkauf abgeschlossen und den Erlös empfangen oder in irgendeiner Weise über ihn verfügt hat[45].

Nach dem Planckschen Kommentar, II 607—610, S. 933, 5 b, ist im Zweifel das Verwertungs-D. zu dem Zeitpunkt als abgeschlossen zu betrachten, in dem der zu dem Verkauf Ermächtigte durch den Abschluß des Kaufes die Forderung gegen den Käufer auf den Kaufpreis erlangt hat[46].

Gegen diese Meinungen bestehen folgende Bedenken:

Wann soll das Verwertungs-D. als abgeschlossen angesehen werden, wenn der D.-Nehmer das Hingegebene nicht einheitlich durch einen sondern durch mehrere Verträge veräußert, da er zu einer Teil-

[45] Ennec.-Lehmann, II, § 139 III, 3. So auch Sächs. Bürg. Gesetzbuch, § 1073. — Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931. § 97. — Hedemann, Schuldrecht. 1931. § 45, S. 297. — Kreß, a. a. O., S. 146.

[46] Vgl. Siber, Schuldrecht. 1931. § 59, S. 316, 2b.

veräußerung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, falls das Interesse des D.-Gebers es erfordert? Welcher von den verschiedenen Kaufverträgen soll für die Entstehung des Verwertungs-D. maßgebend sein, d. h. der Empfang welches Erlöses oder die Erlangung welcher Forderung soll dafür bestimmend sein? Es muß angenommen werden, daß mehrere D.-Verträge abgeschlossen sind.

Außerdem bedeuten beide Meinungen eine Verneinung des Verwertungs-D. als einer besonderen Art des D.-Vertrages.

Ebenfalls steht die Plancksche Meinung im Gegensatz zu der Auffassung des Darlehens als Realvertrag, da sie annimmt, daß ein als Realvertrag geltendes Darlehen durch Erlangung der Forderung gegen den Käufer zustandekommt.

II. In der Zeit von der Hingabe bis zum Verkauf des Hingegebenen kann eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eintreten, durch die der Anspruch des D.-Gebers auf die Rückerstattung gefährdet wird. Ein Widerruf nach entsprechender Anwendung des § 610 ist in diesem Fall zu verneinen, da das Verwertungs-D. mit der Übertragung der Sachen in das Vermögen des D.-Nehmers als abgeschlossen gilt.

§ 16. Der Verkauf beim Verwertungsdarlehen.

I. Das Verwertungs-D. steht unter der Bedingung, daß das Hingegebene durch Verkauf in Geld verwandelt wird. Gelingt es dem D.-Nehmer nicht, die Veräußerung durchzuführen, so wird der Vertrag hinfällig. Die Bedingung ist eine negative, gemischte, auflösende.

Für den Ausfall der Bedingung und infolgedessen für die endgültige Beständigkeit des Vertrages genügt der bloße Abschluß des Kaufvertrages. Seine Erfüllung ist nicht nötig.

Bei teilweiser Veräußerung ist die Bedingung durch den Abschluß des ersten Kaufvertrages als ausgefallen anzusehen. Die nachfolgenden Verträge dienen nur zur Erhöhung des Darlehensbetrages.

Wie lange nach Abschluß des D.-Vertrages die Bedingung bei Nichtveräußerung als eingetreten und infolgedessen das Verwertungs-D. als hinfällig gelten soll, ist im Zweifel im einzelnen Fall den Umständen nach zu bestimmen.

Hat der D.-Nehmer den Kaufvertrag schon vor dem Abschluß des Verwertungs-D. in der Erwartung desselben abgeschlossen, so liegt keine Bedingung vor, der Vertrag ist kein Verwertungs-D., sondern ein Wert-D., dessen reellen Gegenstand das Hingegebene, dessen fiktiven der zwischen D.-Nehmer und Dritten vereinbarte Kaufpreis bilden. Ist der erreichte Erlös niedriger als der zu erreichende, falls der Kaufvertrag regelmäßig nach der Entstehung des Verwertungs-D. zustande gekommen wäre, so haftet der D.-Nehmer dem D.-Geber gegenüber.

Verletzt der D.-Nehmer seine Verpflichtung zu versuchen, das Hingegebene zu verkaufen, so bedeutet dieses die Herbeiführung des Eintritts der Bedingung. Dasselbe ist anzunehmen, wenn der D.-Nehmer das Hingegebene verbraucht, schenkt, tauscht usw. Die Bedingung soll in diesen Fällen als nicht eingetreten und infolgedessen das Ver-

wertungs-D. als endgültig bestehend gelten (§ 162). Das gleiche soll gelten, wenn durch Wirken des D.-Gebers die Veräußerung nicht gelingt. In allen diesen Fällen ist anzunehmen, daß die den Eintritt der Bedingung herbeiführende Partei ein Interesse daran hat. Als Erlös soll der gelten, der zu erreichen wäre, wenn der Verkauf nicht vereitelt wurde. Als Minimum bei einer börsen- oder marktfähigen Sache soll ihr Börsen- oder Marktpreis gelten zur Zeit, zu welcher der Kaufvertrag abgeschlossen werden sollte und könnte.

Der Verkauf soll Barverkauf sein, da das Verwertungs-D. bezweckt, dem D.-Nehmer Geld zu verschaffen. Ein Kreditverkauf, besonders mit längerer Frist, wenn auch dadurch der Erlös größer sein wird, ist widersinnig. Verkauft aber trotzdem der D.-Nehmer auf Kredit, so muß er sich nach Treu und Glauben dem D.-Geber gegenüber so behandeln lassen, als ob er den Kaufpreis in bar empfangen hätte.

Die Frage, ob der D.-Nehmer — Verkäufer— berechtigt ist, das Hingegebene teilweise zu verkaufen, vorausgesetzt daß es teilbar ist, ist eine Auslegungsfrage, bei deren Lösung das Interesse des D.-Gebers maßgebend sein soll. Verlangt die gute Durchführung der Veräußerung den teilweisen Verkauf, so sollen wir annehmen, daß der D.-Nehmer nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet ist, teilweise zu verkaufen. Verkauft er teilweise, ohne dazu berechtigt zu sein, so muß er dem D.-Geber den eventuellen Schaden ersetzen. Der erreichte Erlös des verkauften Teils bildet den mittelbaren Gegenstand des Verwertungs-D., und das Nichtverkaufte ist dem D.-Geber zurückzuerstatten (§ 667).

Werden Wertpapiere hingegeben, so soll es dem D.-Nehmer frei stehen, den Verkauf durch Einziehung der Forderungen aus ihnen zu ersetzen, wenn es dem Interesse des D.-Gebers nicht widerspricht. Eine Verpflichtung hierzu besteht grundsätzlich nicht.

Gibt der D.-Nehmer die hingegebenen Sachen zurück, trotzdem ihre Veräußerung möglich war, oder verkauft er sie und erstattet ihren Erlös dem D-Geber zurück, anstatt ihn zu behalten, so bedeutet dieses die Rückgabe des Darlehens. Ihre Folgerungen hängen zusammen mit den Fragen, ob das Darlehen auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist oder nicht, und ob Zinsen vereinbart sind.

II. Gelingt es dem D.-Nehmer nicht, innerhalb der vereinbarten bzw. einer angemessenen Frist die Veräußerung durchzuführen, so soll die auflösende Bedingung als eingetreten gelten. Der D.-Vertrag wird ohne Rückwirkung aufgehoben (§ 158 II) und das Eigentum an dem Hingegebenen fällt an den D.-Geber ipso jure zurück. Die evtl. Früchte während der Schwebezeit der Bedingung behält der D.-Nehmer (§ 158 ff.)

Sind die Veräußerungsversuche gescheitert, behält oder benutzt der D.-Nehmer das Hingegebene aber weiter, anstatt es zurückzuerstatten, und schweigt der D.-Geber, so ist es Auslegungsfrage, ob es als eine Umdeutung des hinfällig gewordenen Verwertungs-D. in einen D.-Vertrag anderer Art oder als stillschweigender Abschluß

eines neuen D.-Vertrages aufzufassen ist. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein neuer D.-Vertrag abgeschlossen ist. Der neue bzw. umgedeutete Vertrag soll, falls das Hingegebene vertretbar ist, im Zweifel als Sachen-D., falls unvertretbar als Wert-D. gelten. Eine Umdeutung des hinfällig gewordenen bedingten Vertrages, in unserem Fall des Verwertungs-D., ist durch analoge Anwendung des § 140 zu begründen[47]. Die praktische Bedeutung der Annahme einer Umdeutung oder des Abschlusses eines neuen D.-Vertrages liegt z. B. darin, daß der umgedeutete Vertrag von Anfang an, während der neue Vertrag von der Zeit an, zu welcher das Hingegebene nach der Hinfälligkeit des bedingten Vertrages zurückerstattet werden müßte, als abgeschlossen gilt.

§ 17. Haftung beim Verwertungsdarlehen.

I. Beim Verwertungs-D. kann man von drei Haftungen sprechen:

1. Die Haftung des D.-Nehmers gegenüber dem D.-Geber für die Durchführung des Verkaufs.

Die Vorschriften über die Haftung im Auftrag sind analog anwendbar. Der D.-Nehmer haftet für jedes Verschulden. Wird der Erlös durch sein Verschulden kleiner als er sein konnte, so haftet er für den entstandenen Schaden, z. B. wenn das Hingegebene durch einen Fachmann verkauft werden müßte, der D.-Nehmer aber selbst verkauft und infolgedessen einen niedrigeren Erlös erlangt.

2. Die Haftung des D.-Gebers gegenüber dem D.-Nehmer für Sach- und Rechtsmängel des Hingegebenen. Darüber gilt grundsätzlich das oben in § 4 über die Haftung des D.-Gebers für Sach- und Rechsmängel beim Sachen-D. Ausgeführte.

3. Die Haftung des D.-Nehmers als Verkäufer gegenüber dem Käufer für Sach- und Rechtsmängel des Verkauften. Sie steht außerhalb des Verwertungs-D. und hat für letzteres nur eine mittelbare Bedeutung.

Die Haftung des D.-Nehmers gegenüber dem Käufer für Sachmängel fällt nicht immer mit der des D.-Gebers gegenüber ihm zusammen, so z. B. kann der D.-Nehmer dem Käufer Eigenschaften des Hingegebenen zusichern, die der D.-Geber dem D.-Nehmer nicht zugesichert hat, oder letzterer verschweigt dem Käufer Fehler, die der D.-Geber ihm (D.-Nehmer) nicht verschwiegen hat. Es kann also der Fall vorkommen, wo der Käufer die Gewährleistungsansprüche (§§ 462, 463) gegen den D.-Nehmer hat, aber nicht letzterer gegen den D.-Geber. Jedenfalls kann der D.-Nehmer sie gegen den D.-Geber so weit erheben, wie der Käufer sie gegen ihn (den D.-Nehmer) geltend macht und für Sachmängel, für die der D.-Geber ihm gegenüber (dem D.-Nehmer) einzustehen hat. Soweit der Käufer die Gewährleistungsansprüche nicht geltend macht, kann der D.-Nehmer nicht Wandelung des Vertrages verlangen, da er über das Hingegebene nicht verfügt, auch nicht Minderung, da er den einkassierten, unberührt bleibenden Erlös

[47] Ennec.-Nipp., Allg. Teil. 1931. § 189 V, S. 618.

schuldet, sowie auch nicht Schadenersatz, da er keinen Schaden erlitten hat.

Diese Abhängigkeit der Gewährleistungsansprüche des D.-Nehmers gegen den D.-Geber von der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche des Käufers gegen den D.-Nehmer bedeutet aber nicht, daß letzterer verpflichtet ist, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, falls der Käufer sie erhebt. Er kann sie nach Belieben geltend machen oder nicht.

Erfährt der D.-Nehmer den Sachmangel schon vor dem Verkauf, so kann er den Wandlungs- oder u. U. den Schadensersatzanspruch gegen den D.-Geber geltend machen. Verkauft er trotzdem weiter, so soll er dem Käufer den Mangel bekanntgeben. Tut er dieses nicht, so verschweigt er arglistig einen Fehler und haftet daher gegenüber dem Käufer auch aus § 463 (auch für Schadenersatz), während der D.-Geber, falls er gutgläubig ist, nur aus § 462 (Wandlung und Minderung) in Anspruch genommen werden kann.

Bei Rechtsmängeln des Hingegebenen hat der Käufer gegen den D.-Nehmer die Ansprüche aus § 320—327 in Verb. mit § 440 I, der D.-Nehmer gegen den D.-Geber den Anspruch auf das negative Interesse aus § 307. Die Geltendmachung des letzteren, hängt von der Geltendmachung der Ansprüche des Käufers ab, da vorher kein Schaden des D.-Nehmers zu verzeichnen ist.

§ 18. Die Gefahrtragung beim Verwertungsdarlehen.

I. Der D.-Nehmer trägt mit der Übereignung der Sachen an ihn, d. h. vom Abschluß des D.-Vertrages an, die Gefahr ihres zufälligen Unterganges oder ihrer zufälligen Verschlechterung bis zur Zeit der Übergabe an den Käufer[48]. Diese Regelung der Gefahrtragung ist eine Konsequenz der einheitlichen Konstruktion des Verwertungs-D. und außerdem entspricht sie der Gerechtigkeit, da das Darlehen meistens im Interesse des D.-Nehmers gewährt wird, und er folglich die Gefahr eines Zufalls tragen soll.

Bei Untergang des Hingegebenen oder bei seiner Verschlechterung soll als (mittelbarer) Gegenstand des D.-Vertrages der Erlös gelten, der durch seine Veräußerung zu der maßgebenden Zeit zu erreichen wäre, wenn der Untergang oder die Verschlechterung nicht vorkäme. Bei der Verschlechterung ist es gleichgültig, ob man zur Veräußerung des (verschlechterten) Hingegebenen kommt oder nicht. Durch die Verschlechterung (wie auch durch den Untergang) soll der D.-Vertrag als endgültig bestehend gelten.

Die Regelung der Gefahrtragung weist eine Eigentümlichkeit auf, die aus dem Wesen des Verwertungs-D. hervorgeht. Der D.-Geber trägt die Gefahr einer Preissenkung des Hingegebenen von der Zeit der Übereignung an den D.-Nehmer bis zur Veräußerung, da der Erlös den mittelbaren Gegenstand des Darlehens bildet.

[48] Diese Gefahr kann im Falle der Geltendmachung des Wandlungs- oder Schadenersatzanspruches den D.-Geber treffen.

Wird die Preissenkung so erheblich, daß man von einer völligen Entwertung des Hingegebenen sprechen kann, so ist anzunehmen, daß der Verkauf nicht mehr möglich ist, da das Hingegebene vom Standpunkt seines Wertes vernichtet ist, und daß infolgedessen durch den Eintritt der auflösenden Bedingung (des Nichtverkaufs) das Verwertungs-D. ipso jure als aufgehoben gelten soll.

Dieser Fall ist nicht mit dem zu verwechseln, wo eine Preissenkung des Hingegebenen den zu erzielenden Erlös so wesentlich vermindert, daß der D.-Vertrag unter diesen Umständen für den D.-Nehmer nutzlos geworden ist. Dem D.-Nehmer ist nach dem Grundsatz des Irrtums über die Geschäftsgrundlage ein Rücktrittsrecht zuzuerkennen. Verkauft der D.-Nehmer weiter, so ist anzunehmen, daß er auf sein Rücktrittsrecht verzichtet. Ein Rücktrittsrecht ist auch dem D.-Geber zuzuerkennen.

II. Die Frage der Gefahrtragung beim Verwertungs-D. ist in der Wissenschaft ein viel umstrittenes Problem. Der Grund der Meinungsstreitigkeiten liegt darin, daß das Verwertungs-D. nicht als einheitlicher Vertrag konstruiert wird.

Das Römische Recht entscheidet die Frage der Gefahrtragung nach der Distinctio von Nerva, wonach der D.-Geber die Gefahr trägt, wenn das Darlehen nicht aus Wohltätigkeitsgründen abgeschlossen ist[49]. (S. Näheres, § 23 d, Verwertungs-D. im Röm. Recht.)

Das BGB hat die Frage der Gefahrtragung der Wissenschaft überlassen[50].

Nach Ennec.-Lehmann, dessen Meinung die herrschende ist, hat der D.-Nehmer die Gefahr nicht zu tragen (abgesehen von besonderen Vereinbarungen der Parteien), auch dann nicht, wenn das Eigentum des Hingegebenen auf ihn übertragen wurde[51].

Matthias — Lehrbuch des Bürg. Rechts 1910. § 121, S. 320 — unterscheidet den Fall, wo das Eigentum der Waren dem D.-Nehmer übertragen wird und er mit der Übergabe die Gefahr trägt, und den Fall, wo die Übergabe zum Eigentum nicht gewollt wird, und wo es darauf ankommt, in wessen Interesse die Übergabe erfolgt. Erfolgt sie im Interesse des Übergebenden, so trägt dieser die Gefahr.

Wir sind der Meinung, daß bei einer nicht einheitlichen Konstruktion des Verwertungs-D. nicht von Gefahr und infolgedessen nicht von Gefahrtragung in einem D.-Vertrag die Rede sein kann, da das Darlehen erst später, z. B. mit dem Empfang des durch den Verkauf erzielten Erlöses entsteht. Infolgedessen hängt die Regelung der

---

[49] D. 12. 1. 11. pr. u. 4. pr.

[50] In Protokollen zum BGB, Darlehen, zu § 100 des Entwurfs, ist gegen den Vorschlag „die Gefahr des Untergangs usw. trägt der Anleiher von dem Zeitpunkt an, wo die Sache ihm zum Verkauf gegeben worden ist" eingewendet, daß er eine mit den allgemeinen Grundsätzen nicht harmonierende, durch ein praktisches Bedürfnis nicht gebotene Singularität sei.

[51] Ennec.-Lehmann, II. § 139, III, 3. — Dernburg, Das Bürg. Recht. 1906. § 234, II, 4. — Oertmann, Kommentar zum BGB, Schuldv. 1929. Darlehen, § 607, S. 882, 2a. — Hedemann, Schuldrecht. 1931. § 45, S. 297. — Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931. § 97. — Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934. S. 146.

Gefahrtragung von der Übergabe an den D.-Nehmer an bis zur Übergabe an den Käufer mit der Frage zusammen, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem künftigen D.-Geber und D.-Nehmer aufgefaßt wird.

§ 19. Zinsen beim Verwertungsdarlehen.

Sind Zinsen vereinbart, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Verzinsung mit der Übergabe an den Käufer beginnt. Ist aber der Gebrauch des Hingegebenen dem D.-Nehmer bis zur Übergabe an den Käufer gestattet, oder bringt das Hingegebene Früchte, die der D.-Nehmer als Eigentümer erwirbt, so soll die Verzinsung im Zweifel mit der Übergabe an den D.-Nehmer beginnen. Als Verzinsungssumme soll der künftige Erlös gelten.

Die Früchte während der Schwebezeit des Verwertungs-D. fallen dem D.-Nehmer als Eigentümer zu, so z. B. der Gewinn eines gezogenen Loses bei Wertpapieren. Er behält sie, wenn auch das Verwertungs-D. durch Eintritt der auflösenden Bedingung aufgehoben wird, § 158 II, dagegen muß er sie herausgeben, wenn für Sachmängel des Hingegebenen der Wandlungsanspruch, § 467 in Verb. mit § 346, oder u. U. der Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.

D. ALLGEMEINE BETRACHTUNGEN

§ 20.

Werden bei einem D.-Vertrag Sachen übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ein Sachen-D. abgeschlossen ist[52]. Diese Ansicht entspricht dem Wesen des Darlehens, nach welchem Sachen der gleichen Art, Güte und Menge zurückerstattet werden müssen[53].

Sind die gegebenen Sachen unvertretbar, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ihr Wert den Gegenstand bildet, d. h. daß ein Wert-D. vorliegt[54].

Werden Sachen hingegeben und soll nach dem Willen der Parteien Geld den D.-Gegenstand bilden, wobei es zweifelhaft ist, ob

[52] Motive zum BGB. § 453. Darlehen — Inhaberpapiere. — RG. 210/30. H. R. R., 7. Jahrg. 1931. S. 1304. — Bayrischer Entwurf, Art. 624, II,

[53] Kuntze — Die Lehre von den Inhaberpapieren. 1857. § 152, S. 697 — vertritt die Meinung, daß im Zweifel der Kurswert zur Zeit der Darleihung als Valuta gelten soll, m. a. W., er nimmt ein Wert-D. an. So auch R. Koch, Geld und Wertpapiere. 1889. § 7, S. 29. Kuntze begründet diese Meinung damit, im Darlehen sei für eine alea kein Platz. Da die Gegenmeinung (d. h. die Meinung, die ein [Sachen- oder] Wertpapier-D. annimmt) in dem D.-Vertrag ein aleatorisches Element, nämlich die Zufälligkeiten des Tageskurses, eine Rolle spielen läßt, ist sie abzulehnen. Kuntze, S. 699, fügt hinzu, für die Papiere ohne Börsenkurs komme der Nominalwert als D.-Gegenstand in Frage. — Dagegen ist einzuwenden, daß eine größere oder kleinere alea bei allen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung zeitlich getrennt sind, vorkommt, und daß die alea durch die Annahme eines Wert-D. in Zweifelsfällen nicht zu vermeiden ist, da immerhin die Möglichkeit einer Entwertung oder Aufwertung des geschuldeten Geldes eine alea bedeutet.

[54] Das Reichsgericht — 210/30 H. R. R., 7. Jahrg., 1931, S. 1304 — spricht zu allgemein, wenn es sagt: „Werden Inhaberpapiere als Darlehen gegeben, so ist auf Grund des § 607 BGB anzunehmen, daß Geld als Gegenstand des Darlehens nicht in Betracht kommt," ohne den Unterschied der Inhaberpapiere in vertretbare (Masseninhaberpapiere) und unvertretbare zu berücksichtigen.

ein Wert-D. oder ein Verwertungs-D. gewollt ist, so ist es natürlicher, das erstere anzunehmen.

Sind Sachen verschiedener Art hingegeben und ist ein einheitlicher D.-Vertrag abgeschlossen, so kann nur ein Wert-D. oder Verwertungs-D. angenommen werden.

Die Parteien sind frei, in einem D.-Vertrag eine Wahlschuld (obligatio alternativa) oder eine Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) zu vereinbaren. So kann z. B. vereinbart werden, daß den D.-Gegenstand die hingegebenen Sachen (Sachen-D.) oder ihr Wert (Wert-D.) bilden, oder daß Sachen den D.-Gegenstand bilden, der D.-Nehmer aber berechtigt ist, Geld zurückzugeben.

Denkbar ist der Fall, wo der D.-Geber dem D.-Nehmer Geld übergibt, damit er Sachen kauft, die den D.-Gegenstand bilden sollen. Es liegt eine Ermächtigung vor, verbunden mit einem Darlehensversprechen. Der D.-Vertrag entsteht erst durch die Übergabe der gekauften Sachen von dem Verkäufer an den D.-Nehmer, zu welcher Zeit alle Voraussetzungen für den Abschluß des D.-Vertrages vorhanden sein müssen.

Dieser Fall ist zu unterscheiden von dem, wo Geld hingegeben wird, aber Sachen (die nach einer Fiktion als gegeben angenommen werden), den D.-Gegenstand bilden sollen. Hier handelt es sich um eine Art D.-Vertrag, der das Gegenteil von Wert-D. darstellt. Durch die Hingabe des Geldes entsteht das Darlehen, welches letzten Endes ein Sachen-D. ist, und worauf die entsprechenden Vorschriften über das Wert-D. und das Sachen-D. anzuwenden sind.

Ebenfalls ist der Fall zu unterscheiden, wo als unmittelbarer Gegenstand Geld hingegeben wird, damit der D.-Nehmer Sachen kauft, die den mittelbaren Gegenstand des D.-Vertrages bilden sollen, und wo gleichzeitig der Nichtkauf als eine auflösende Bedingung vereinbart wird. Dieser Fall stellt das Gegenteil vom Verwertungs-D. dar und ist letzten Endes ein Sachen-D., worüber die entsprechenden Vorschriften über das Verwertungs-D. und Sachen-D. gelten sollen.

Im Zweifel, ob ein einheitlicher D.-Vertrag (einer der oben erwähnten Fälle) oder eine Ermächtigung, verbunden mit einem Darlehensversprechen, vorliegt, ist das erstere anzunehmen.

Wenn Sachen gegeben werden, damit der Empfänger sie verpfändet, um sich dadurch eine Geldsumme zu verschaffen, so ist im Zweifel zu unterscheiden[55]:

1. Ist der Empfänger verpflichtet, das Hingegebene individuell zurückzuerstatten, so liegt eine Leihe oder Miete (bei entgeltlicher Hingabe) vor. Als Gebrauch ist die Verpfändung des Hingegebenen bei einem Dritten anzusehen.

2. Ist er dagegen verpflichtet, Sachen der gleichen Art, Güte und Menge oder ihren Wert zurückzugeben, so handelt es sich um einen D.-Vertrag.

---

[55] Vgl. Schey — Die Obligationsverhältnisse des öst. allg. Privatrechts. Bd. I. 1890. § 10, S. 84 — sowie Swoboda — in Klangs Kommentar zum ABGB. 1934. D.-Vertrag, S. 723. 4.

Ist es weiter zweifelhaft, worin die Verpflichtung des Empfängers besteht, dürfte man annehmen, falls die Sachen dem Empfänger übereignet werden, daß ein Darlehen vorliegt.

ANHANG.

ÜBERBLICK ÜBER ÄLTERE RECHTE UND HEUTIGE AUSLÄNDISCHE RECHTE.

§ 21. Preußisches Recht.

Das Gesetzbuch für Preußen von 1794, das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, regelt das Darlehen im I. Teil, 11. Titel, 7. Abschnitt, §§ 653—868[56].

I. Bei Sachen-D. ist es nach § 854 ohne Bedeutung, ob eine Entwertung oder Aufwertung der geschuldeten Sachen von der Zeit der Hingabe bis zur Rückgabe eintritt.

Ist das Darlehen entgeltlich, so ist der Entgelt grundsätzlich in der gleichen Art des Hingegebenen zu erstatten, kann er aber auch in Geld vereinbart werden, so ist er auf den Wert des Hingegebenen zur Zeit des Vertragsabschlusses zu berechnen. § 857.

Die Frage des Unmöglichwerdens der Leistung ist auf Grund der I, 5 §§ 364—368 zu regeln. ALR stellt das Prinzip auf, daß das durch Zufall Unmöglichwerden der Leistung einer Partei nicht einen Gewinn für die andere Partei bedeuten soll. Der Vertrag wird durch das Unmöglichwerden der Leistung aufgehoben, und das Gegebene soll (zurückgegeben oder) vergütet werden.

In den §§ 794/795 ist das Unmöglichwerden der Zurückerstattung (unverschuldete, objektive Unmöglichkeit der Zurückerstattung) beim Wertpapier-D. besonders geregelt, wobei der Kurswert der Wertpapiere zur Zeit des Vertragsabschlusses zurückzuerstatten ist[57]. Letzteres soll analog beim Sachen-D. gelten.

II. Nach § 715 sollen bei Darlehensgeschäften nicht Waren statt baren Geldes gegeben werden. Ein gegen dieses Verbot verstoßender Vertrag ist nichtig[58]. Ist aber ein Schuldinstrument schon ausgestellt worden, so ist das Geschäft als Kaufvertrag gültig. § 720.

Der Grund des Verbotes des § 715 war die Bekämpfung des Wuchers[59], den das Wert-D. durch die beliebige Schätzung des Hingegebenen ermöglichte.

Da das Gesetz im § 715 ausdrücklich von Waren spricht, so kann man nach argumentum e contrario behaupten, daß ein Wert-D., in welchem Sachen, die keine Waren sind, gegeben werden, gültig ist.

---

[56] Die Paragraphen, die ohne Teil, Titel, Abschnitt erwähnt sind, gehören zu dem 1. Teil, II. Titel, 7. Abschnitt des ALR.

[57] ROHG. Bd. XX. 1877. Nr. 78. S. 304.

[58] Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts — Obligationenrecht. 1889. S. 501.

[59] Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht. Bd. II. 1896. S. 258.

Wenn Wertpapiere hingegeben werden, so bestimmen die §§ 793 bis 795, daß diese selbst den Gegenstand des Darlehens bilden (Wertpapierdarlehen), und daß sie in gleicher Art, Güte und Menge zurückgeleistet werden müssen[60].

III. Was das Verwertungs-D. anbelangt, ist nichts im Gesetzbuch vorgesehen, es ist aber allgemein anerkannt[61].

Eine einheitliche Konstruktion des Verwertungs-D. kommt in der Wissenschaft des ALR nicht vor.

Als Zeitpunkt der Entstehung des Vertrages war der des Empfangs des Erlöses durch den D.-Nehmer angesehen[62].

§ 22. Sächsisches Privatrecht.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, im Jahre 1865 in Kraft getreten, regelt den D.-Vertrag in den §§ 1056—1074.

Alle drei Typen des D.-Vertrages sind anerkannt.

Bei Sachen-D. ist Schadenersatz zu leisten, falls die Zurückerstattung durch Verschulden des Schuldners unmöglich geworden ist. Sonst gilt die Forderung des D.-Gebers als erloschen. §§ 1009 bis 1011 Sächs. BGB[63].

Im § 1067 Sächs. BGB ist das Wert-D. ausdrücklich anerkannt. Werden öffentliche Inhaberpapiere zu Darlehen gegeben, so macht im Zweifel ihr Kurswert zur Zeit der Hingabe den D.-Gegenstand aus[64 65]. § 1067 schließt keineswegs die Möglichkeit aus, Sachen zum Wertdarlehen zu geben.

§ 1073 Sächs. BGB regelt das Verwertungs-D. Die Gefahr der hingegebenen Sachen trägt der D.-Nehmer schon von der Übergabe an, der D.-Vertrag aber entsteht erst dann, wenn der Kaufpreis erhalten bzw. zur Verfügung gestellt ist.

Nach § 1079 sind die Zinsen in Geld zu zahlen, gleichgültig ob den Gegenstand des Darlehens die öffentl. Inhaberpapiere selbst oder ihr Wert bilden. Sie werden im Zweifel zum Kurswert der Inhaberpapiere zur Zeit der Hingabe berechnet.

---

[60] Vgl. aber Koch, ALR. mit Kommentar. 1884. S. 892, Anm. 4, H und R. O. H. G., Bd. XX. 1877. Nr. 78, S. 305.

[61] Dernburg, a. a. O., § 79 II, Anm. 5. — Koch, a. a. O., S. 893.

[62] Koch, a. a. O., S. 893.

[63] Im „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Sachsen", § 1063 II, ist für den Fall des Unmöglichwerdens vorgeschrieben, daß der D.-Nehmer den Nennwert der geschuldeten öff. Kreditpapiere zurückerstatten soll.

[64] Annalen des Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden. Bd. III, S. 89. 1862. Sen.Erkl. v. 18. 10. 1860.

[65] Anders in dem Entwurf, § 1063 II, nach dem, wenn nicht ein Betrag bestimmt ist, die Wertpapiere selbst den D.-Gegenstand bilden und solche zurückzuerstatten sind. Was die Sachen betrifft, bestimmt der Entwurf im § 1067, daß ein Kauf vorliegt, wenn Sachen, die ihrer Natur nach nicht Gegenstand eines Darlehens sein können, anstatt einer bestimmten Summe Geldes dargeliehen sind.

§ 23. Römisch Gemeines Recht.

a) Allgemeines.

Nach der Auffassung der römischen Juristen muß beim D.-Vertrag das Eigentum des D.-Gegenstandes von dem D.-Geber unmittelbar dem D.-Nehmer übertragen werden[66]. Wäre es nicht der Fall, so entstünde kein Darlehen, auch wenn der D.-Nehmer aus anderen Gründen, z. B. durch Vermischung des Geldes, Eigentümer des Hingegebenen geworden wäre. Der Kreditgeber hatte im letzteren Falle einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Dieses Erfordernis der direkten Übertragung des Eigentums hatte schon in der klassischen Zeit des Römischen Rechts zahlreiche Ausnahmen erfahren, z. B. Hingabe der Darlehensvaluta durch Anweisung D. 12. 1. 15, das sog. Vereinbarungsdarlehen, der im Mittelalter genannte contractus mohatrae usw.[67].

Im römisch gemeinen Recht kann die Hingabe eine „wahre oder uneigentliche" sein[68], und es ist ohne Bedeutung, ob das Eigentum des Hingegebenen unmittelbar oder mittelbar von dem D.-Geber an den D.-Nehmer übergeben wird[69].

Die drei Typen des D.-Vertrages sind den Römern schon bekannt gewesen. Von Wertpapier-D. oder von Wert-D. und Verwertungs-D., in welchen Wertpapiere den Gegenstand der Hingabe bilden, können wir aber erst im römisch gemeinen Recht sprechen.

b) Sachen- und Wertpapierdarlehen.

Über die Unmöglichkeit der Leistung im Sachen-D. ist folgendes zu sagen.

Die nachträgliche, unverschuldete, objektive Unmöglichkeit der Zurückerstattung befreit den Schuldner von seiner Verpflichtung[70]. Der D.-Geber hat aber gegen den D.-Nehmer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung[71] [72].

---

[66] Africanus, D. 17. 1. 34 pr.

[67] D. 12. 1. 9. 8. — Basilicorum, L. XXIII, tit. A. ϑέμ. ϑ, Abs. 5 und ιε, herausgeg. von Heimbach. Lipsiae. 1840. — Baron, Pandekten. 1893. § 273, I, 1, S. 491. — Jörs-Kunkel, Röm. Privatrecht. 1935. § 135, 3. — Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen. 1923. § 68, I, a. — Girard, Manuel élémentaire de Droit romain. 1924. P. 535. 2. — Buckland, A manual of Roman Private Law. 1925. § 105, P. 273.

[68] Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. II. 1834. § 545, S. 85.

[69] Puchta, Pandekten. 1866. § 304. — Schloßmann, Das Darlehen auf fremden Namen. Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. IX. S. 529. 1882. — Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 1889. § 280, S. 568. — Windscheid-Kipp, Pandekten. 1900. II, § 370, 1.

[70] Windscheid-Kipp, a. a. O., § 264, 2. — Dernburg, Pandekten, II. 1903. § 68, 1 und 2.

[71] Dernburg, a. a. O., § 68, 1.

[72] Nach Völderndorf — Darlehen in Wertpapieren, in Blättern für Rechtsanwendung, Bd. XXV. 1860. S. 305, I — ist die justa aestimatio officio judicis nicht nur bei Unmöglichwerden der Zurückerstattung zu leisten, sondern auch dann, wenn es dem D.-Nehmer äußerst schwierig ist, sich die zurückzuerstattenden Papiere zu verschaffen. Er bestimmt als justa aestimatio den Nominalwert der Wertpapiere.

c) *Wertdarlehen.*

Aus C. 4. 2. 8. ist zu entnehmen, daß das Wert-D. von den Römern anerkannt war. Es konnte in einem Darlehen „argentum vel jumenta pro mutua pecunia" gegeben werden[73].

Das Wert-D. ist auch im Byzantinischen Recht anerkannt[74] sowie auch allgemein im Gemeinen Recht[75].

Es wird im Gemeinen Recht als eine Mischung aus Kauf und Darlehen aufgefaßt. Es wird angenommen, daß der D.-Nehmer den Erlös des Hingegebenen an den D.-Geber entrichtet, und dieser ihm den Erlös als Darlehen wiedergibt. Der Kürze wegen werden die Hingabe und die Rückgabe unterlassen[76]. Ob der D.-Nehmer wirklich das Hingegebene in Geld umsetzt oder nicht, ist ohne Bedeutung.

Was die Gefahr des Hingegebenen betrifft, wird sie mit der Übergabe von dem Schuldner übernommen.

d) *Verwertungsdarlehen.*

(Contractus mohatrae.)

Das Verwertungs-D. war von den Römern anerkannt[77] [78]. Es gilt im römischen sowie im gemeinen Recht als abgeschlossen, nicht etwa von der Hingabe der zu verkaufenden Sachen an, sondern von der Einziehung des Erlöses. Vorher liegt ein unbekannter Vertrag vor und wird die actio praescriptis verbis gegeben, D. 19. 5. 19. pr.[79] [80].

Eine Verpflichtung des D.-Nehmers zu versuchen, die hingegebenen Sachen zu verkaufen, gab es wahrscheinlich nicht. Dieses ist aus D. 19. 5. 19. pr. mittelbar zu entnehmen. Hier sagt Labeo (nach Ulpianus), daß, wenn der D.-Nehmer die hingegebene Sache nicht verkauft oder wohl verkauft, aber den Erlös nicht eingezogen hat, der D.-Geber gegen ihn die actio praescriptis verbis hat (um

---

[73] Windscheid-Kipp, a. a. O., § 370, 1. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains. 1917. § 2, 5. — Libri Basilicorum, a. a. O., θέμα νβ.

[74] 'Ανώνυμος in Libr. Basilicorum, a. a. O., θέμα γ Anm. sagt: „'' Εξεστι δὲ ἄλλο ἀντ' ἄλλου ἐπερωτᾶν."

[75] Sintenis, Das praktische Gemeine Civilrecht. Bd. II. 1868. S. 513. — Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. II. 1879. § 296, S. 447. — Dernburg, a. a. O., § 86, 2c, S. 236. — Biener, Opuscula academica, Vol. II, Programmata. 1830. Quaestionum C. LXVI, S. 262.

[76] Heimbach, Die Lehre von dem Creditum. 1849. S. 283, 3.

[77] D. 19. 5. 19. pr. D. 12. 1. 11. pr.

[78] Siber, Röm. Privatrecht, 1928, § 78, 1, unterscheidet einen unechten contractus mohatrae, nach welchem dem D.-Nehmer eine Sache zum Verkauf überlassen wird, mit der Ermächtigung, den Kaufpreis als Darlehen zu behalten, und einen echten contractus mohatrae, nach welchem eine Sache auf Kredit verkauft und sofort zu einem bar zu zahlenden, geringeren Preis zurückgekauft wird (darüber s. § 13).

[79] Glück, Erläuterung der Pandekten. 1809. Bd. XII, § 779, S. 6. — Heimbach, a. a. O., S. 277. — Rabel, in Holtzendorffs Enzyklopädie. 1915. § 62, S. 460. — So auch Basilicorum, a. a. O., θέμα ια, Anm. 4.

[80] Nach Crome — Grundzüge des römischen Privatrechts, 1922, § 39 I, Anm. 8 — entsteht der contractus mohatrae im Zeitpunkt des Verkaufsabschlusses. Nach Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 1837, Bd. II, § 268, S. 222, „der D.-Vertrag fängt erst an, wenn der Empfänger wirklich veräußert hat". Diese Meinungen sind nicht mit den römischen Ouellen vereinbar.

das Hingegebene oder den Kaufpreis zu verlangen)[81]. Labeo spricht nicht von einer Verpflichtung des D.-Nehmers, zu versuchen den Verkauf durchzuführen oder den erzielten Erlös zu behalten.

Die Frage der Gefahrtragung in der Zeit zwischen Hingabe und Verkauf ist nach D. 12. 1. 11. pr. (distinctio von Nerva) wie folgend geregelt.

Die Gefahr trägt der D.-Nehmer. wenn der D.-Geber die Sache, um ihm zu helfen und Geld zu verschaffen, gegeben hat, besonders, wenn das Darlehen unverzinslich vereinbart ist. Geschah aber die Hingabe nicht aus Wohltätigkeitsgründen, so hat der D.-Geber die Gefahr zu tragen[82].

Koschaker — Die Verteilung der Gefahr beim sog. contr. moh., in Österr. Gerichtszeitung 1923, Festschrift für Schey — behauptet, die berühmte Distinctio von Nerva (D. 12. 1. 11. pr.) sei eine Interpolation, und das klassische römische Recht habe die Gefahr stets schon mit der Hingabe dem D.-Nehmer auferlegt. So sei also die Distinctio byzantinisches Recht.

§ 24. Österreichisches Recht.

a) Allgemeines.

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) (für Österreich) regelt den D.-Vertrag in den §§ 983—1001. Das ABGB faßt das Darlehen als Realvertrag auf. § 983. Die Gegenmeinung, der D.-Vertrag sei ein Konsensualvertrag, ist auch vertreten[83].

Das Gesetz spricht (§ 983) bei der Definition des Darlehens, von „verbrauchbaren Sachen". Es ist aber allgemein anerkannt, daß vertretbare Sachen gemeint sind[84].

Die Hingabe der Valuta kann unmittelbar, wie auch mittelbar geschehen[85].

b) Sachen- und Wertpapierdarlehen.

Nach § 992 ABGB ist es ohne Bedeutung, ob die zurückzuerstattenden Sachen einen größeren oder niedrigeren Wert zur Zeit der Zurückerstattung aufweisen, als sie zur Zeit der Hingabe hatten.

Bei objektivem, unverschuldeten Unmöglichwerden der Zurückerstattung wird der Schuldner frei. Nach Schey ist dieses durch ana-

---

[81] L. Basilicorum, L. XXIII, tit. A. ϑεμ. ια, Anm. 4, und 1, XX, tit. IV, ϑέμ. ιϑ. — Hugo Donellus, Opera omnia. Tomus decimus. 1847. Columna 204, 1. — Verning, Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts. 1870. S. 379, § 193, II.

[82] D. (Ulpianus-Nerva) 12. 1. 11. pr. und 4. pr. — L. Basilicorum, XXIII, titl. A, ϑέμ. ια u. ϑ. — Nach Holzschuher — Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. III, 1864, S. 502, Fall 12 — trägt in jedem Fall der D.-Nehmer die Gefahr. So auch Rabel — a. a. O. — Diese Meinung hat die Römischen Quellen gegen sich.

[83] So Kirchstetter, Kommentar zum österr. ABGB. 1894. § 983, S. 505.

[84] Krasnopolski-Kafka, Österr. Obligationenrecht. 1910. § 69 II. — Kirchstetter, a. a. O., § 983, Anm. 1.

[85] Ehrenzweig-Krainz-Pfaff, System des österr. allg. Privatrechts. 1928. § 361 I, S. 368.

loge Anwendung des § 992 ABGB, welcher jede Entwertung der dargeliehenen Fungibilien dem Gläubiger zur Last legt, zu begründen[86].

Wir sind der Meinung, daß im Falle des Unmöglichwerdens der Leistung § 1447 ABGB zur Anwendung kommen soll, welcher den Schuldner verpflichtet, das Erhaltene, in unserem Fall den Wert der hingegebenen Sache zur Zeit der Hingabe, zu erstatten. Was das Wertpapier-D. betrifft, ist § 989 ABGB analog anzuwenden, wonach ebenfalls der Wert des Hingegebenen zur Zeit der Hingabe zurückzuerstatten ist.

c) Wertdarlehen.

I. Das Wert-D. ist im ABGB (§ 990) ausdrücklich anerkannt. Diese Anerkennung ist aber beschränkt, da nur öffentliche Schuldscheine, die sich in Umlauf befinden, geleistet werden können.. Ihr Wert zur Zeit des Vertragsabschlusses bildet den D.-Gegenstand, § 990 ABGB. Sachen und Privatschuldscheine sind ausgeschlossen. § 991[87].

II. Über die Geltung und Auslegung der §§ 990 und 991 sind Meinungsverschiedenheiten entstanden, da man versucht hat, die ausdrücklichen Beschränkungen, die das Gesetz gegen das Wert-D. auferlegt hat, zu sprengen und das Wert-D. in allen Fällen zu gestatten.

Swoboda — in Klangs Kommentar, 1934, zu § 990, S. 753 — ist der Meinung, daß der Kurswert zur Zeit der Rückgabe zurückerstattet werden muß, was im Widerspruch zu dem Wortlaut des § 990 steht. Er behauptet ferner, § 990 ABGB gewähre dem Schuldner eine facultas alternativa, gleiche öffentliche Schuldscheine oder ihren Wert zurückzuerstatten. Wir sind der Meinung, daß § 990 die Vereinbarungsmöglichkeiten, falls öffentliche Schuldscheine in Darlehen hingegeben werden, bestimmt. Die Annahme der Meinung Swobodas führt zu dem Ergebnis, daß das Gesetz ein bloßes Wert-D. ausschließt.

Nach Ehrenzweig-Krainz-Pfaff ist die Bestimmung des § 990, daß der Wert der hingegebenen Schuldscheine zur Zeit des Darleihens den D.-Gegenstand bilden soll, nach dem Gesetz vom 14. Juni 1868 in der Praxis zur bloßen Auslegungsregel herabgesetzt, und so kann jede beliebige Summe (vorbehaltlich der Wuchervorschriften) als D.-Gegenstand vereinbart werden[88].

Nach Schey a. a. O. § 7. 2., S. 61, sind als öffentliche Schuldscheine des § 990 auf Inhaber lautende, einen Kurswert habende Forderungspapiere zu betrachten, einerlei, ob sie von privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Personen ausgegeben sind. Er ist a. a. O., § 7, Zusatz 1, S. 63, ferner der Meinung, daß § 990 erweitert werden muß, und zwar dahin, daß auch andere Wertpapiere

---

[86] Schey, Die Obligationsverhältnisse usw. 1890. Bd. I. § 15, S. 97.

[87] In dem Entwurf Martinis — Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, herausgegeben von Harrasowsky, 1886, 3. Teil, 3. Hauptstück, § 27 — ist der Vertrag als Tauschvertrag und nicht als Darlehen zu beurteilen, wenn eine Privatschuldverschreibung hingegeben wird und in barem Geld zurückzuzahlen ist.

[88] Ehrenzweig-Krainz-Pfaff, a. a. O., III, 2 und 3. — R. Mayr, Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. II. 1923. § 368, 4.

in Wert-D. gegeben werden können[89]. Schuster von Bonnot dagegen — Grundriß des Obligationenrechts, 1899, § 31, S. 94 — bezeichnet als öffentliche Schuldscheine, die in § 990 in Frage kommen, Schuldverschreibungen des Staates und öffentlicher Korporationen. Diese Meinung scheint dem Gesetz zu entsprechen.

Nach K. Wolff u. a. gilt § 991 nach dem Gesetz vom 14. Juni 1868 § 5 nicht mehr, und es können infolgedessen Privatschuldscheine und Waren im Wert-D. hingegeben werden[90]. Dagegen meint Swoboda — a. a. O. zu § 991 —, daß § 991 geltend sei.

d) Verwertungsdarlehen.

(contractus mohatrae.)

Das Verwertungs-D., über welches das ABGB nichts bestimmt, ist im österreichischen bürg. Recht allgemein anerkannt[91].

1. Über seine juristische Konstruktion sind folgende Meinungen entstanden:

Nach Schey ist das Verwertungs-D. ein suspensiv bedingtes Darlehen, verbunden mit der unwiderruflichen Ermächtigung zur Verwertung des Hingegebenen in der verabredeten Weise[92].

Nach Winiwarter — Das österr. bürg. Recht, 1844, § 191, S. 196 — ist das Verwertungs-D. als doppeltes Rechtsgeschäft aufzufassen, nämlich als eine Bevollmächtigung und ein D.-Vertrag.

Wir sind der Meinung, daß die Konstruktion des Verwertungs-D. als einheitlicher Vertrag unter der auflösenden Bedingung der Umwandlung des D.-Gegenstandes durch Verkauf in Geld auch für das ABGB die richtigere sei.

2. Nach der herrschenden Meinung besteht keine Verpflichtung des D.-Nehmers, das Hingegebene zu veräußern[93].

Das Verwertungs-D. wird nicht von den §§ 990 und 991 berührt, und daher kann jede Sache und jedes Wertpapier seinen Gegenstand bilden[94].

---

[89] Erweiternd auch Krasnopolski-Kafka, Österr. Obligationenrecht. 1910. § 69 II, 1b, α und β.

[90] K. Wolff, Grundriß des österr. bürg. Rechts. 1923. S. 163. — Vgl. auch Mayr, a. a. O. — Entscheidung des OGH v. 1876. GL.U. 6320, referiert von Stubenrauch-Schuster-Schreiber. Komm. zum. ABGB. 1885. Zu § 991, 1, S. 339. — Krasnopolski-Kafka, a. a. O., § 69, II, b, β.

[91] Schey, a. a. O., Bd. I, § 10c und Anm. 15. — Kirchstetter, zu § 984—992, S. 507. — Nippel, Erläuterung des ABGB. 1834. Bd. 7, § 983, S. 5. — Krasnopolski-Kafka, a. a. O., § 69, S. 347. — Entscheidung Nr. 5852. Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes von Pfaff-Schey-Krupsky. Bd. 15. N. F. 1914, wo eine Kuh hingegeben wurde und ihr Erlös die Darlehensvaluta bildete. — Swoboda — in Klangs Kommentar zum ABGB. S. 723 —. Ebenso ist das Verwertungs-D. im Codex Theresianus (herausgegeben von Harrasowsky), Bd. 3, 1884, Caput IV, § 1, 19, ausdrücklich anerkannt.

[92] Schey, a. a. O., § 10, wo er unterscheidet zwischen Verwertungs-D. und contractus mohatrae. Er faßt den contr. moh. als Verkauf einer Sache auf Kredit mit sofortigem Rückverkauf derselben zu einem (kleineren) barbezahlten Preis. — Vgl. auch Swoboda in Klangs Kommentar, S. 723.

[93] Ehrenzweig-Krainz-Pfaff, a. a. O., § 361 III, 3, Anm. 20. — Swoboda, a. a. O., S. 723.

[94] Ellinger, Handbuch des österr. allg. Civilrechts. 1850. Zu § 991. — Wini-

Nach der herrschenden Meinung entsteht der D.-Vertrag mit dem Eingang des Erlöses, und zwar in dessen Höhe[95].

Über die Gefahrtragung von der Zeit der Hingabe bis zur Veräußerung nimmt die herrschende Meinung an, daß der D.-Geber, der während dieser Zeit Eigentümer des Hingegebenen bleibt, die Gefahr trägt[96 97].

§ 25. Schweizerisches Recht.

a) Allgemeines.

Das Schweizerische Obligationsrecht (OR) von 1912 regelt das Darlehen in den Artikeln 312—318. Durch Art. 312 ist die alte Tradition des Römischen Rechts durchbrochen und der D.-Vertrag ausdrücklich als Konsensualvertrag anerkannt.

Nach dem heute geltenden OR, wie auch nach dem alten OR von 1881[98], können die drei Typen des D.-Vertrages gültig vereinbart werden.

Was die Haftung des D.-Gebers gegenüber dem D.-Nehmer für Rechts- und Sachmängel des Hingegebenen anbelangt, sind die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers dem Käufer gegenüber wegen Mängel der Kaufsache (Art. 197 ff. OR) entsprechend anzuwenden[99].

---

warter, Das österr. bürg. Recht. 1844. § 191, S. 196. — Mayr, a. a. O., § 368, 4c. — Entscheidung 1. 2. 77. Z. 9937. G.H. 40 in Riehl, Das allg. BGB. usw., Bd. 3. 1883. S. 1121.

[95] Schey, a. a. O., § 10, S. 82. — Krasnopolski-Kafka, a. a. O., § 69, S. 347. — Swoboda, a. a. O., S. 723. — So auch Codex Theresianus (Caput IV, § 1, 20) und der Entwurf Hortens (Umarbeitungen des Codex Theresianus, herausg. von Harrasowsky, 1886, 3. Teil, 4. Kap.).

[96] Ehrenzweig-Krainz-Pfaff, a. a. O., § 361 III, 3. — Schey, a. a. O., § 10, S. 82, und Anm. 19, 20. — Swoboda, a. a. O., S. 723.

[97] *Der Entwurf der Kommission für die Revision des ABGB (für die Tschechoslowakische Republik)*, Übersetzung und Herausgabe vom tschechosl. Justizministerium, 1924), bestimmt: § 916. Ein Darlehen wird in Geld oder nicht in Geld, und zwar ohne oder gegen Zinsen gegeben. § 924. 1. Gelddarlehen können auch in der Weise vereinbart werden, daß als Darlehen Wertpapiere, welche auf den Inhaber lauten und einen Markt- oder Börsenpreis haben, gegeben werden mit der Bestimmung, daß der Entleiher eine Geldsumme schuldet, welche dem Markt- oder Börsenpreis jener Papiere zur Zeit der Darlehensgewährung entspricht. Vereinbarungen, daß der Entleiher eine andere Summe schuldet, sind ungültig. 2. Ungültig ist auch ein Vertrag, durch welchen andere Wertpapiere oder Waren als Darlehen gegeben worden sind mit der Bestimmung, daß eine Geldsumme zurückzustellen ist. — *Der Gesetzentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn* (die dem Reichstag vorgelegte Fassung), 1914, bestimmt: § 1083 III. Hat der Darleiher dem Darlehensnehmer für einen in Geld bestimmten Darlehensbetrag Wertpapiere oder andere Sachen gegeben, so ist das Maß der Zinsen, das auf gerichtlichem Wege geltend gemacht werden kann, nach dem Werte zu berechnen, den die Wertpapiere und anderen Sachen zur Zeit der Hingabe hatten. § 1085. Wurde ein Wertpapier als Darlehen gegeben, und ist ein solches Papier zur Zeit der Rückerstattung nicht mehr im Verkehr, so hat der Darlehensnehmer dem Darleiher denjenigen Betrag zu zahlen, zu dem das Wertpapier eingelöst wurde.

[98] Haberstich, Handbuch des Schweiz. OR. Bd. II. 1885. S. 102—103.

[99] Becker, Obligationenrecht. Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1934. Zu Art. 312, II, 2.

b) Sachen- und Wertpapierdarlehen.

Das Problem des objektiven, unverschuldeten Unmöglichwerdens der Leistung des D.-Nehmers ist folgendermaßen geregelt. Nach Art. 119 I OR ist der D.-Nehmer von seiner Verbindlichkeit frei, wenn die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist. Die Forderung gilt als erloschen. Nach demselben Artikel Abs. II ist jedoch dem D.-Geber gegen den befreiten D.-Nehmer ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewährt.

Es ist ohne Bedeutung für das Sachen- und Wertpapier-D., ob das Hingegebene im Zeitpunkt der Zurückerstattung den gleichen Wert der Hingabezeit aufweist oder nicht (Art. 312).

c) Wertdarlehen.

Das Wertdarlehen ist im OR (Art. 317) ausdrücklich anerkannt. Nach Art. 317 gilt als Darlehenssumme der Kurswert oder der Marktpreis, den die Wertpapiere oder Waren zur Zeit und am Ort der Hingabe hatten. Mit dieser zwingenden Vorschrift versucht der Gesetzgeber, den Wucher zu bekämpfen[100].

Nach Oser — a. a. O. zu Art. 317. 3. — ist aus Art. 317 zu entnehmen, daß die nichtumlaufenden Wertpapiere im Wert-D. hingegeben und nach Belieben unter Vorbehalt des Art. 21 OR und der Wucherbestimmungen eingeschätzt werden können. Diese Meinung scheint uns nicht vereinbar mit dem Zweck des Art. 317. Wenn das Gesetz durch diesen Artikel den Wucher zu bekämpfen versucht, wie Oser selbst annimmt (s. o., Anm. 100), wäre es dann nicht wenig folgerichtig zu behaupten, daß die Parteien frei sein sollen, andere Wertpapiere (oder Sachen) als die des Art. 317, deren Wert viel schwerer festzustellen ist, da sie keinen Marktpreis oder Kurswert aufweisen, in Darlehen zu geben und nach Belieben zu schätzen?

Es kann auch behauptet werden, daß Art. 317 die nichtumlaufenden Wertpapiere und die Sachen, die keine Waren sind, vom Wertdarlehen ausschließt.

Wir sind der Meinung, daß das Gesetz im Art. 317 den am häufigsten vorkommenden Fall geregelt hat, und daß dieser Artikel analog anzuwenden ist, und folglich Sachen und Wertpapiere, die keinen Markt- oder Kurswert haben, im Wert-D. hingegeben werden können, wobei ihr richtiger Wert zur Zeit und am Ort der Hingabe als D.-Gegenstand gelten soll. (Den richtigen Wert will das Gesetz durch die Bestimmung des Art. 317 festsetzen, daß der Kurswert oder Marktpreis zur Zeit und am Ort der Hingabe die Darlehnssumme bilden soll.) Als richtiger Wert der nichtumlaufenden Wertpapiere ist grundsätzlich ihr Nennwert zu betrachten.

Wenn der Wert der hingegebenen Sachen kleiner ist als die vertragsmäßige Höhe der Darlehnssumme, kann der D.-Nehmer Nachleistung verlangen, es sei denn, die Parteien hätten gewollt, die Hin-

[100] Haberstich, Handbuch des Schweiz. OR. Bd. 2. 1885. S. 102, zu Art. 333 des OR von 1881 (Art. 317 des heute geltenden OR). — Oser, Kommentar zum OR. 1915. Art. 317, 1. — Becker, a. a. O., Art. 317, I.

gabe der Sachen solle die Verpflichtung des D.-Gebers tilgen[101]. Im letzteren Fall soll der Wert des Hingegebenen als D.-Gegenstand gelten.

d) Verwertungsdarlehen.

(contractus mohatrae.)

Das Verwertungs-D. ist im schweizerischen Recht anerkannt[102]. Es ist als ein einheitlicher D.-Vertrag unter der auflösenden Bedingung der Veräußerung des Hingegebenen aufzufassen.

Art. 317 OR berührt es nicht, daher kann jede Sache und jedes Wertpapier hingegeben werden[103].

Die Frage wann das Verwertungs-D. als abgeschlossen gelten soll, taucht hier nicht auf, da das Darlehen als Konsensualvertrag aufgefaßt ist und solo consensu abgeschlossen wird.

Was die Gefahrtragung anbelangt, ist zu sagen, daß die Gefahr der hingegebenen Sache von der Hingabe (an den D.-Nehmer) bis zur Übergabe an den Käufer der D.-Nehmer trägt, außer der Gefahr aus Preisschwankungen.

§ 26. Französisches Recht.

a) Allgemeines.

Der D.-Vertrag — prêt de consommation — ist in den Artikeln 1892—1914 Code Civil geregelt[104].

Der D.-Vertrag ist als Realvertrag anerkannt. Art. 1892. Die Tradition des römischen Rechts, übergegangen in den Code Civil, ist bis heute unberührt geblieben[105].

Da das Eigentum nach Art. 1138 C. C. bei nach Art (species) bestimmten Sachen durch bloßen Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages (ohne Übergabe) auf den Gläubiger übergeht, könnte man sagen, daß in diesem Fall der D.-Vertrag trotz seiner Auffassung als Realvertrag ohne Übergabe des D.-Gegenstandes zustande kommt. Art. 1892 aber spricht: „d'un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses ...", wovon abzuleiten ist, daß nicht nur die Übertragung des Eigentums[106], sondern auch die Übergabe für den Abschluß des D.-Vertrages nötig ist.

Das vom Art. 2279 I. C. C. aufgestellte Prinzip, daß „en fait de meubles, la possession vaut titre ..." — ist auch in den Darlehensver-

---

[101] Fick, Das schweiz. OR. 1911. Zu Art. 317, Anm. 7. — Becker, a. a. O., Art. 317, II, 2.

[102] Fick, a. a. O., zu Art. 312, 31. — Siehe auch Haberstich, a. a. O., S. 102—103.

[103] Oser, a. a. O., zu Art. 317, 2a. — Becker, a. a. O., Art. 317 I.

[104] Der Codice Civile von Italien (1865) regelt den D.-Vertrag in den Art. 1819—1834.

[105] Josserand, Cours de droit civil positif français. 1933, II. 1342. — Colin-Capitant, Cours élélmentaire de droit civil français. T. II. 1921. P. 637. — Baudry-Lacantinerie-Guyot, Précis de droit civil. 1925. T. 2, 1100. — G. Beltjens, Code Civil belge, annoté. T. V. 1906. Art. 1892—1894, Anm. 1.

[106] Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil. Tom. II. 1923. Du prêt de consom. 2066.

hältnissen bei der Übereignung des D.-Gegenstandes von Bedeutung, wenn der D.-Geber nicht Eigentümer des Hingegebenen ist.

Die Hingabe der Valuta kann auf verschiedene Weise geschehen. Der D.-Vertrag aber ist in dem Moment der wirklichen oder symbolischen Einziehung der Valuta als abgeschlossen auzusehen[107].

Die Haftung des D.-Gebers gegenüber dem D.-Nehmer für Mängel des Hingegebenen ist vom Art. 1898 C. C., hinweisend auf Art. 1891, geregelt. Der D.-Geber haftet wie der Verleiher, d. h. für Schaden aus ihm bekannten und nicht angezeigten Fehler des Hingegebenen[108]. Die Mehrheit aber der Schriftsteller behauptet, daß im verzinslichen Darlehen der D.-Geber auch für die verborgenen Fehler des Hingegebenen haften soll[109]. Dagegen andere Schriftseller sind der Meinung, daß der D.-Geber nur für dolus und grobe Fahrlässigkeit haftet[110].

b) Sachen- und Wertpapierdarlehen[111].

Der Code Civil spricht in Art. 1892 von verbrauchbaren Sachen wie das ABGB in § 983. Das Sachen-D. ist aber nicht auf die verbrauchbaren Sachen zu beschränken, da ja allgemein anerkannt ist, daß jede vertretbare Sache zum Darlehen gegeben werden kann[112].

Der Fall, daß die hingegebenen Sachen zur Zeit der Zurückerstattung im Wert gestiegen oder gefallen sind, ist in den Art. 1896 und 1897 geregelt. Eine Entwertung oder Wertsteigerung des Hingegebenen ist für das Darlehen ohne Bedeutung[113]. Art. 1896 und 1897 sind auch in dem Fall anzuwenden, wo das Hingegebene auf einem winzigen Preis gefallen ist[114].

Die Frage des Unmöglichwerdens der Zurückerstattung ist in Art. 1903 I. C. C. geregelt. Wenn es dem Schuldner unmöglich geworden ist, zur Zeit der Rückgabe die geschuldeten Sachen zurückzuerstatten, muß er ihren Wert am vereinbarten Ort und zur vereinbarten Zeit der Zurückerstattung dem D.-Geber entrichten. Nach

---

[107] Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français. T. XI. 1932. v. Rouast-Savatier-Lepargneur, 1135, 1141.

[108] Dieselbe Haftung bestimmt der Codice Civile in Art. 1824, hinweisend auf Art. 1818. — Der frz.-ital. Entwurf eines Code des Obligations (1928) unterscheidet im Art. 640 zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Darlehen. Im ersten Falle haftet der D.-Geber für jeden Schaden, verursacht durch Fehler der dargeliehenen Sachen, im zweiten Falle aber nur, wenn er die ihm bekannten Fehler verschwiegen hat.

[109] Dalloz, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. T. 9. 1922. Prêt. 128. — So auch Beltjens, a. a. O., T. V, Art. 1899, Anm. 2. — Planiol-Ripert, a. a. O., T. XI, 1144.

[110] Arntz, Cours de droit civil usw. T. IV. 1880. 1357. 2°. — Baudry-Lacantinerie-Guyot, a. a. O., T. 2, 1116.

[111] Die Wertpapiere werden im französischen Recht Titres, Valeurs mobilières genannt.

[112] Der später entstandene Codice civile, der nach Form und Inhalt auf dem Code Civil beruht, spricht einfach von Sachen. Art. 1819. „... una delle parti consegna all' altra una data *quantita di cose*, coll' obbligo nell' ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualita di cose."

[113] Ebenso regelt den Fall der Codice Civile in Art. 1823.

[114] Dalloz, Dictionnaire pratique de droit. 1922. Prêt 25.

demselben Artikel Abs. II. C. C. soll, wenn Ort und Zeit der Zurückerstattung nicht im Vertrag bestimmt sind, der Wert am Ort und zur Zeit der Entstehung des D.-Vertrages gelten[115].

Die Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 1903, „l'impossibilité d'y satisfaire", ist von den Schriftstellern verschieden aufgefaßt. Nach einer ersten Meinung ist Art. 1903 anwendbar, wenn die ganze Gattung des Geschuldeten verschwunden ist, d. h. im Falle der absoluten Unmöglichkeit der Leistung[116]. Nach einer zweiten Meinung umfaßt Art. 1903 auch die Fälle einer „relativen" Unmöglichkeit der Leistung. Als solche werden die angesehen, wo der D.-Nehmer große Schwierigkeiten zu überwinden hätte, um das Geschuldete in natura zurückzuerstatten, Schwierigkeiten, die die Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bedacht haben konnten[117 118].

Es scheint uns, daß die zweite Meinung dem Gesetz entspricht. Das Gesetz sagt (Art. 1903), daß bei Unmöglichkeit der Zurückerstattung der Wert zu entrichten ist, den das Geschuldete zur Zeit und am Ort, zu welchem geleistet werden sollte, hatte. Wenn aber eine objektive Unmöglichkeit gemeint wäre, wäre es nicht folgerichtig, diesen Wert des Geschuldeten als Ersatz zu bestimmen, da dann überhaupt nicht von Wert die Rede sein kann.

Was ist zurückzugeben, wenn die Leistung des Geschuldeten unmöglich geworden ist und zur vereinbarten Zeit und am vereinbarten Ort der Zurückerstattung kein Wert des Hingegebenen zu verzeichnen ist (z. B. bei objektiver Unmöglichkeit der Zurückerstattung)? Wir sind der Meinung, daß dieser Fall so zu regeln ist, als ob in dem Ver-

---

[115] Planiol, a. a. O., 2067, stellt den Grundsatz auf, daß „toute obligation de donner ou de faire, qui ne peut s'exécuter en nature, se transforme en une obligation de dommages et intérêts qui s'exécute en argent.". Der Codice civile bestimmt im Art. 1828 I, daß in Ermangelung der Zurückerstattung seitens des Schuldners dieser den Wert des Hingegebenen zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung zurückerstatten soll. Wenn Zeit und Ort im Vertrag nicht bestimmt sind, soll der Schuldner den laufenden Wert der Verzugszeit und am Ort der Hingabe des Darlehens zurückerstatten. 1828 II.

[116] Dalloz, Répertoire pratique etc. T. 9, Prêt 157. — In der Kritik einer Entscheidung des Gerichtshofes zu Rochefort-sur-Mer vom 20. 12. 1932 in Recueil général des Lois et des arrêts von Sirey, Tome von 1933, P. 87, sind die Herausgeber des Recueil der Meinung, daß Art. 1903 nur den Fall der absoluten, objektiven Unmöglichkeit der Zurückerstattung in natura vorsieht, daß „il ne doit être reconnu qu'au cas d'impossibilité matérielle de restitution en nature", und daß eine große Steigerung des Wertes des Geschuldeten nicht als Unmöglichwerden der Leistung anzusehen sei.

[117] Dalloz, Répertoire pratique etc.. Tom. 9, Prêt 158. — Beltjens, a. a. O., Art. 1902/4, 2. — Urteil Bruxelles vom 17. 11. 1897. Referiert von Beltjens, a. a. O., zu Art. 1902/4, Anm. 10.

[118] Troplong, referiert von Fuzier-Herman et Darras in Code Civil français, T. IV, 1898, Art. 1903, 2, nimmt an, daß der Wert des Hingegebenen zurückerstattet werden kann, wenn hierdurch der Schuldner einen sehr großen Schaden vermeidet. — Nach Beltjens, a. a. O., Prêt, zu Art. 1902/4, Anm. 5. ist die Leistung unmöglich, wenn die geschuldeten Sachen nach der Fälligkeit der Schuld entwertet werden.

trag Ort und Zeit der Leistung nicht vereinbart wäre, d. h. daß der Wert zur Zeit und am Ort der Entstehung des D.-Vertrages zurückzuerstatten ist (entsprechende Anwendung des Art. 1903 Abs. II).

c) Wertdarlehen.

Das Wert-D. ist im französischen Recht anerkannt[119]. Der Code Civil regelt es nicht, stellt aber seiner Geltung keine Hindernisse entgegen.

d) Verwertungsdarlehen.

(contractus mohatrae.)

Das Verwertungs-D. ist nach französischem Recht anzuerkennen. Der Code Civil regelt es nicht, stellt aber seiner Geltung keine Hindernisse entgegen.

Gegen seine Konstruktion als einheitlichen Vertrag, wie es im deutschen Recht dargestellt ist, wäre nichts einzuwenden.

§ 27. Anglo-amerikanisches Recht.

Der D.-Vertrag, loan of money, ist im anglo-amerikanischen Recht sowohl als Realvertrag wie auch als Konsensualvertrag aufgefaßt[120].

Trotzdem der D.-Vertrag loan of money genannt wird, sind Sachen und Wertpapiere nicht davon ausgeschlossen[121].

Die drei Typen des D.-Vertrages sind auch im anglo-amerikanischen Recht nicht auszuschließen[122].

Der D.-Geber ist verpflichtet, Schadenersatz zu leisten, wenn der D.-Nehmer durch Fehler des Hingegebenen geschädigt wird[123].

---

[119] Arntz, a. a. O., 1353. — Wahl, Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers. 1891. Tom. 2, 1107/10.

[120] G. Schirrmeister u. W. Prochownik, Kommentar. Das bürg. Recht Englands. 1929. Bd. 2, § 442. — E. Jenks, A digest of English Civil Law. 1921. Vol. 1, 442. — Schwartzkoppen in Rechtsvergl. Handwörterbuch usw. Bd. II. 1929. Darlehen.

[121] D. Baty, Loan and Hire. 1918. P. 111. — Stephens, Commentaries on the Laws of England. Revised etc. by E. Jenks-Macknair. 1925. Chap. IX, P. 180.

[122] Vgl. Samuel Williston, The Law of Contracts. 1929. Vol. III, §§ 1687; 1687, 1; 1687, 2; 1689; 1691.

[123] Baty, a. a. O., P. 114.

SCHRIFTTUM.

Annalen des Kön. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. Bd. III. 1862.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 1889.
Arntz: Cours de droit civil français. 1880.
Backmeister: Das Recht der Wertpapiere im allg. 1924.
Baron: Pandekten. 1893.
Basilicorum-Heimbach, L.: Lipsiae. 1840.
Baty: Loan and Hire. 1918.
Baudry-Lacantinerie-Guyot: Précis de Droit civil. 1925.
Becker: Obligationenrecht. 1934.
Beltjens: Code civil belge annoté. 1906.
Bender: Grundsätze des engeren Handlungsrechtes. 1824.
Biener: Opuscula Academica-Programmata. 1830.
Bonnot: Grundriß des Obligationenrechts. 1899.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1879.
Buckland: A manual of roman private Law. 1925.
Burchardi: Das Obligationenrecht. 1854.
Codex Theresianus, herausgeg. v. Harrasowsky. 1883. (Dazu Entwürfe v. Martini u. Horten.)
Cohn-Grünhut: Die Kreditgeschäfte in Endemanns Handbuch. 1885.
Colin-Capitant: Cours élémentaire de droit civil français. 1921.
Crome: Bürgerliches Recht. 1902.
— Grundzüge des röm. Privatrechts. 1922.
Cuq: Manuel des institutions juridiques des Romains. 1917.
Czyhlarz-San Nicolò: Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts. 1924.
Dalloz: Dictionnaire pratique de droit. 1922.
— Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. T. 8 u. 9. 1922.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1906.
— Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Das Obligationenrecht. 1889.
— Pandekten. 1903.
Donellus, H.: Opera omnia. 1847.
Ehrenzweig-Krainz-Pfaff: System des österr. allg. Privatrechts. 1928.
Ellinger: Handbuch des österr. allg. Civilrechts. 1850.
Engelmann: Das bürg. Recht. 1913.
Enneccerus-Lehmann: Schuldverhältnisse. 1932.
Enneccerus-Nipperdey: Allg. Teil. 1931.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.). Bd. IV und XX. Stuttgart.
Entwurf eines allg. deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. 1866. Dresdner Entwurf.
Entwurf eines BGB für Hessen.
Entwurf eines BGB. für Bayern 1861 und Motive dazu.
Entwurf der Kommission für die Revision des ABGB für die Tschechoslowakische Republik. 1924.
Fick: Das schweizerische OR. 1911.
Fischer-Henle-Titze: BGB. 1932.
Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht. 1896.
Frank, in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. III. Jahrg. Heft 7.
Frankenstein: Die Inhaberpapiere im internationalen Privatrecht, im Zentralblatt für Handelsrecht. Jahrg. 2.
Fuzier, Herman et Darras: Code civil annoté. 1898.
Gierke: Deutsches Privatrecht. Schuldrecht. 1917.
Girard: Manuel élementaire de droit romain. 1924.

Glaser-Unger-Walther: Sammlg. von civilrechtl. Entscheidungen, später von *Unger-Walther-Pfaff* und später von *Pfaff-Schey-Krupsky.*
Glück: Erläuterungen der Pandekten. 1809.
Göschen: Vorlesungen über das gem. Civilrecht. 1839.
Haberstich: Handbuch des OR. 1885.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hedemann: Schuldrecht des BGB. 1931.
Heimbach: Die Lehre von dem Creditum. 1849.
Henle: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Schuldrecht. 1934.
Höchstrichterliche Rechtsprechung (H.R.R.). Berlin.
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts. 1864.
Hugo: Lehrbuch eines civilistischen Kursus. 1820.
Jacobi: Grundriß des Rechts der Wertpapiere im allg. 1928.
— Die Wertpapiere, im Handbuch v. *Ehrenberg.* 1917.
Jenks: A digest of English Civil Law. 1921.
Josserand: Cours de droit civil positif français. 1933.
Jörs-Kunkel: Röm. Privatrecht. 1935.
Kaden-Scheele-Hoffmann: Das BGB für Sachsen. 1889.
Keller: Pandekten. 1861.
Kirchstetter: Commentar zum ABGB. 1849.
Klang-Swoboda: Kommentar zum ABGB. 1934.
Klausing: Wechsel- und Scheckrecht usw. 1930.
Koch: Geld und Wertpapiere. 1889.
— Allg. Landrecht für Preußen. 1864. Kommentar.
Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Schuldrecht. 1906.
Koschaker: Gefahrverteilung beim contr. mohatrae, österr. G.Z. 1923. Festnummer für Schey, S. IX.
Kranz: Das Darlehen durch Hingabe einer Sache zum Verkauf. Diss., Breslau 1920.
Krasnopolski-Kafka: Österr. Obligationenrecht. 1910.
Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934.
Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.
Leske: Vergleichende Darstellung des BGB. und ALR. 1900.
Lübbert: Der Kreditvertrag in Jherings Jahrbüchern. Bd. 52..
Matthias: Lehrbuch des bürg. Rechts. 1910.
Mayr: Lehrbuch des bürg. Rechts. 1923.
Motive zum BGB.
Mourlon-Demangeat: Répétitions écrites. 1883.
Namur: Cours d'institutes et d'histoire du droit romain. 1878.
Nippel: Erläuterung des ABGB. 1834.
Oertmann: Kommentar zum BGB. 5. Aufl.
Oser: Das Obligationenrecht. 1915.
Planck: Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse. Bd. II. 1928.
Planiol-Ripert: Traité pratique de droit civil français. Tome XI. Rouast-Savatier-Lepargneur. 1932.
Planiol: Traité élémentaire de droit civil. 1923.
Protokolle zum BGB.
Puchta: Pandekten. 1866.
Quaritsch: Institutionen und Rechtsgeschichte des röm. Rechts. 1888.
Rabel: Grundzüge d. röm. Privatrechts, in *Holtzendorffs* Enz. 1915.
Ritter: Kommentar zum HGB. 1932.
Savigny: Das Obligationenrecht. 1853.
Schey-Hermann: Das ABGB für Österreich. 1936.
— Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts. 1890.
Schirrmeister-Prochownik: Das bürg. Recht Englands. 1929.
Schlegelberger: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch usw.
Schloßmann: Das Darlehen auf fremden Namen, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 9. 1882.
Schwerin: Wechsel- und Scheckrecht. 1934.
Siebenhaar: Kommentar zum BGB für Sachsen. Bd. II. Das Recht der Forderungen, v. *Pöschmann.* 1809.

— Lehrbuch des Sächs. Privatrechts. 1872.
Siber: Schuldrecht. 1931.
— Römisches Privatrecht. 1928.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 1868.
Sirey: Recueil général des lois et des arrêts.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen. 1923.
Staub: Kommentar zum HGB. 1933.
Staudingers Kommentar zum BGB. 1928.
Stephens Commentaries of the Law of England, revised by *Jenks-Macnair.* 1925.
Striethorst: Archiv für Rechtsfälle. Bd. 34.
Thibaut: System des Pandektenrechts. 1834.
Verning: Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts. 1870.
Völderndorff: Darlehen in Wertpapieren, in Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 25.
Wahl: Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers. 1891.
Wening-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1837.
Williston: The law of contracts. 1929.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900.
Winiwarter: Das österr. bürg. Recht. 1844.
Wolff: Grundriß des österr. bürg. Rechts. 1923.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

LEBENSLAUF.

Als Sohn des Landgerichtsrats Christos Karakantas und seiner Ehefrau Olga, geb. Blatsi, wurde ich, Stylianos Karakantas, am 17. September 1912 zu Trikkala in Griechenland geboren.

Ich besuchte das humanistische Gymnasium in Thessaloniki und bestand im Sommer 1928 daselbst die Reifeprüfung. Darauf bezog ich im Herbst 1928 zum Studium der Rechte die Universität Thessaloniki, wo ich im März 1933 die Diplomprüfung ablegte. Nach meinem Vorbereitungsdienst habe ich vor dem Arios Pagos (Oberstes Gericht) die zweite juristische Prüfung bestanden und bin im Juli 1934 zum Rechtsanwalt ernannt worden. Bis Februar 1935 habe ich dann beim Landgericht Thessaloniki meinen Beruf als Rechtsanwalt ausgeübt.

Seit April 1935 studiere ich an der Hansischen Universität.

Herrn Prof. Dr. H. Reichel spreche ich meinen besten Dank aus für die Hilfe, die er mir bei dieser Arbeit geleistet hat.